

平成 29 年度文化庁委託事業

著作物等のライセンス契約に係る 制度の在り方に関する調査研究

報告書

平成 30 年 3 月

一般財団法人ソフトウェア情報センター

本報告書は、文化庁の委託業務として、一般財団法人ソフトウェア情報センターが実施した平成 29 年度「著作物等のライセンス契約に係る制度の在り方に関する調査研究」の成果を取りまとめたものです。

従って、本報告書の複製、転載、引用等には文化庁の承認手続きが必要です。

はじめに

ソフトウェア情報センターは、ソフトウェア等の著作物を含む情報財の取引に係る問題等について、産業界、法曹界、学界、官界の結節点として、調査研究のための場を提供し、その研究成果を広く社会に公表することでさらなる検討を促すことを事業目的の一つとしております。

このたび、この事業の一環として、文化庁より「著作物等のライセンス契約に係る制度の在り方に関する調査研究」を受託し、著作権法におけるライセンシーの対抗制度の創設の要否、また独占的ライセンシーによる差止請求の可能性につき、有識者による検討を行いました。また検討の前提として、社会にいかなるニーズがあるのかについて、広くアンケートとヒアリングを実施しました。本報告書はその検討の成果をまとめたものです。

検討においては、多忙の中、検討委員会において熱心に議論し、また各論点や海外の事情等についての報告を準備頂いた有識者の先生方、アンケートやヒアリングに快く応じて頂いた多くの企業、事業者団体、著作権等管理事業者、有識者ほかの皆様、数々の示唆を頂いた文化庁長官官房著作権課の皆様に、多大なご協力を頂きました。ここに厚く御礼を申し上げます。

この報告書が、著作物のより適切な保護と利用のための制度作りの検討に、今後活用されることを切に望んでおります。

平成 30 年 3 月

一般財団法人 ソフトウェア情報センター
専務理事 亀 井 正 博

著作物等のライセンス契約に係る制度の在り方に関する調査研究

検討委員会

委員長

小川 憲久 弁護士（紀尾井坂テーマス綜合法律事務所）

委員

石新 智規 弁護士（西川シドリーオースティン法律事務所・外国法共同事業）

井奈波朋子 弁護士（龍村法律事務所）

今村 哲也 明治大学情報コミュニケーション学部准教授

奥邨 弘司 慶應義塾大学大学院法務研究科教授

水津 太郎 慶應義塾大学法学部教授

曾野 裕夫 北海道大学大学院法学研究科教授

龍村 全 弁護士（龍村法律事務所）

松尾 剛行 弁護士（桃尾・松尾・難波法律事務所）

松田 俊治 弁護士（長島・大野・常松法律事務所）

横山 久芳 学習院大学法学部教授

（五十音順）

オブザーバー

水田 功 文化庁長官官房著作権課長

秋山 卓也 文化庁長官官房著作権課課長補佐

小林 左和 文化庁長官官房著作権課著作権調査官

澤田 将史 文化庁長官官房著作権課著作権調査官

伊藤 兼士 文化庁長官官房著作権課法規係長

小川 慶将 文化庁長官官房著作権課法規係

事務局

亀井 正博 一般財団法人ソフトウェア情報センター専務理事

平澤 高美 一般財団法人ソフトウェア情報センター調査研究部長

内田 礼 一般財団法人ソフトウェア情報センター調査研究部課長代理

高橋 宗利 一般財団法人ソフトウェア情報センター調査研究部

著作物等のライセンス契約の在り方に関する調査研究

検討委員会開催日程及び議事

開催回	開催日	議 事
第 1 回	平成 29 年 11 月 28 日	○ 調査研究の趣旨及び行政機関におけるこれまでの検討状況について ○ 検討を行うべき論点について ○ アンケート調査等について
第 2 回	平成 30 年 1 月 15 日	○ 「ライセンシーに係る対抗力の具備の必要性」のうち「(ライセンスに代わる) 一部譲渡による対応の問題点・限界」及び「当事者間における著作権譲渡禁止の合意など契約による対応の問題点・限界」 ○ 債権である利用許諾に係る権利に第三者対抗力を認めることについての民法上の整理等、契約の承継についての民法上の整理 ○ 特許法その他の知的財産権法との関係 ○ 出版権制度との関係
第 3 回	2 月 15 日	○ 債権者代位権による対応の問題点・限界 ○ 独占的ライセンシーの差止請求権と民法 ○ 特許法その他の知的財産権法との関係 ○ 出版権制度との関係 ○ 海外法制等（アメリカにおける類似制度との関係）
第 4 回	2 月 27 日	○ 海外法制等（イギリス、ドイツ、フランス、中国における類似制度との関係） ○ 著作物等の利用環境に与え得る影響について
第 5 回	3 月 19 日	○ 調査研究報告書（案）について

目 次

第 1	本調査研究の目的及び構成.....	1
1	調査研究の目的.....	1
2	実施期間.....	1
3	調査方法.....	1
(1)	事業者等に対するアンケート及びヒアリング.....	1
ア	アンケート調査の概要.....	2
イ	ヒアリング調査の概要.....	2
(2)	検討委員会における検討.....	3
4	調査体制.....	3
5	本報告書の執筆分担.....	4
第 2	著作物等の利用許諾に係る権利の対抗制度の導入について.....	5
1	問題の所在等.....	5
(1)	問題の所在.....	5
(2)	文化審議会著作権分科会における過去の検討状況.....	5
ア	文化審議会著作権分科会契約・流通小委員会における検討（平成 14 年～15 年）.....	5
イ	文化審議会著作権分科会法制問題小委員会における検討（平成 17 年～19 年）.....	6
ウ	文化審議会著作権分科会における検討（平成 21 年）.....	7
2	対抗制度導入の検討の必要性について.....	8
(1)	調査内容.....	8
ア	アンケート・ヒアリング結果の概要.....	8
イ	（ライセンスに代わる）一部譲渡による対応の問題点・限界及び当事者間における対応の問題点・限界について.....	12
(2)	検討結果.....	19
3	対抗制度の導入を検討するに当たっての論点について.....	20
(1)	調査内容.....	20
ア	著作物等のライセンス契約における「第三者対抗要件」及び「契約承継」について～民法法理との整合性の観点から～.....	20
イ	アンケート・ヒアリング調査の概要.....	35
ウ	著作権等管理事業への影響について.....	41
エ	特許法その他の知的財産権法との関係.....	46
オ	出版権制度との関係について.....	58
カ	サブライセンスとの関係について.....	63
(2)	検討結果.....	66
ア	対抗制度導入の許容性及び対抗要件について.....	66
イ	契約承継について.....	67
ウ	独占的ライセンスの保護について.....	67
4	諸外国における類似制度について.....	70
(1)	アメリカ.....	70
ア	対抗要件の在り方について.....	70
イ	契約承継の在り方について.....	71
(2)	イギリス.....	73
ア	ライセンシーの著作権の利用に係る権利の第三者への対抗.....	73
イ	ライセンシーの破産時について.....	75
(3)	ドイツ.....	76
ア	ライセンシーの著作権の利用に係る権利の第三者への対抗.....	76
イ	ライセンサーが破産した場合のライセンシーの保護.....	78
(4)	フランス.....	79
ア	ライセンシーの著作権の利用に係る権利の第三者への対抗.....	79
イ	ライセンサーの破産時.....	81

(5) 中国.....	82
ア ライセンス対象著作権の移転時	82
イ ライセンサー倒産時の処理.....	94
第3 独占的ライセンシーへの差止請求権の付与について.....	97
1 問題の所在.....	97
(1) 問題の所在	97
(2) 文化審議会著作権分科会における過去の検討状況	97
2 独占的ライセンシーへの差止請求権の付与の検討の必要性について	98
(1) 調査内容.....	98
ア アンケート・ヒアリング結果の概要.....	98
イ 債権者代位権の行使による対応の問題点・限界.....	103
(2) 検討結果.....	111
3 独占的ライセンシーへの差止請求権付与を検討するに当たっての論点について.....	112
(1) 調査内容.....	112
ア 独占的ライセンスに基づく差止請求権と民法.....	112
イ アンケート・ヒアリング結果の概要.....	122
ウ 特許法その他の知的財産権法との関係.....	124
(2) 検討結果.....	131
4 諸外国における類似制度について	132
(1) アメリカ.....	132
(2) イギリス.....	132
ア 排他的ライセンスの場合	132
イ 排他的ライセンス以外の場合.....	134
(3) ドイツ	135
ア 排他的利用権者の差止請求権.....	135
イ 単純利用権者の差止請求権.....	135
(4) フランス.....	135
ア 著作権について	135
イ 工業所有権について	136
(5) 中国.....	136
ア 著作権法制上の対応状況	136
イ 主要な裁判例	137
ウ 学説.....	138
おわりに	140

第 1 本調査研究の目的及び構成

1 調査研究の目的

著作物等（著作物、実演、レコード又は放送若しくは有線放送に係る音若しくは影像）の利用許諾契約（ライセンス契約）における利用者（ライセンシー）は、著作権者等（著作権者、出版権者、実演家、レコード製作者、放送事業者又は有線放送事業者）から第三者に対し著作権等（著作権、出版権又は著作隣接権）が譲渡された場合、著作権等の譲受人に対し、当該利用許諾に係る著作物等を利用する権利を対抗する手段がない。また、利用許諾に係る著作物等を利用する権利を対抗する手段がないため、著作権者等（ライセンサー）が破産・倒産し、破産手続等の開始時にライセンス契約が双方未履行の場合には、ライセンシーは破産管財人等から契約を解除されるおそれがある。

また、現行著作権法上、産業財産権における専用実施権・専用使用権のような物権的な利用権が出版権以外に存在しないため、ライセンシーには差止請求権が付与されておらず、独占的な利用に対する期待を有するライセンシーが、第三者が無断で当該著作物を利用している場合にライセンシー自ら当該利用行為を差し止めることが困難な状況にあるとされる。

このような状況について、平成 29 年度文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会においては、複数の委員から、平成 27 年度に文化庁が実施した「著作物等の利用円滑化のためのニーズ募集」に上記の課題に関連するニーズが提出されていたことも踏まえ、利用許諾に係る著作物を利用する権利の対抗制度の導入や独占的ライセンシーへの差止請求権の付与等のライセンス契約に係る制度の在り方について検討を行うべきとの意見が出された。

本調査研究では、文化庁からの委託を受け、著作物の利用に関するライセンス契約の実態や諸外国における関係制度について基礎調査を実施するとともに、それらを踏まえた他の関係法令との整合性を含む論点について整理を行い、上記課題に係る今後の検討に資する成果物を作成することを目的とする。

2 実施期間

平成 29 年 11 月 10 日から平成 30 年 3 月 30 日まで

検討委員会は、以下の日程で開催した。

- 第 1 回 平成 29 年 11 月 28 日
- 第 2 回 平成 30 年 1 月 15 日
- 第 3 回 平成 30 年 2 月 15 日
- 第 4 回 平成 30 年 2 月 27 日
- 第 5 回 平成 30 年 3 月 19 日

3 調査方法

(1) 事業者等に対するアンケート及びヒアリング

著作権のライセンスに係る事業者等に対して広くアンケート調査及びヒアリングを実施し、新たなライセンス契約に係る制度の導入に対するニーズ、導入による影響、実務の状況等に関する調査を行った。

アンケート調査先及びヒアリング先は、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会契約・利用ワーキングチームが平成 18 年に「ライセンシーの保護」等に関して実施したヒアリング先及び文化庁長官官房著作権課が平成 27 年に実施した「著作物等の利用円滑化のためのニーズの募集」に対して本件調査研究に関連する意見を提出した団体を中心として、検討委員会委員から必要性について指摘のあった分野の団体等を加える形で選定した。

また、著作権等管理事業者に関しては、本調査研究が想定する制度整備による管理事業への特段の影響の有無等を確認するため、特にヒアリング調査を実施した。

ア アンケート調査の概要

事業者に対するアンケート調査は、次の要領で実施した。

(ア) 期間

平成 30 年 1 月 12 日（金）～同年 2 月 9 日（金）（4 週間）

(イ) 方法

ウェブアンケート（インターネット上にアンケート調査システムを構築し、回答者は指定された URL にウェブブラウザを用いてアクセスして回答）

(ウ) 対象者

音楽、出版、映像、ゲーム、キャラクタービジネス、エレクトロニクス、IT、ソフトウェア、放送、IT 関係の事業者団体の会員事業者を対象とした（各団体事務局を通じて会員事業者に対してアンケートへの協力を依頼。）。

特定非営利活動法人インディペンデント・レコード協会

一般社団法人音楽電子事業協会

一般社団法人オンラインゲーム協会

一般社団法人コンピュータソフトウェア協会

一般社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会

一般社団法人情報サービス産業協会

一般社団法人テレコムサービス協会

一般社団法人電気通信事業者協会

一般社団法人電子情報技術産業協会

協同組合日本映画製作者協会

一般社団法人日本映画製作者連盟

一般社団法人日本映像ソフト協会

一般社団法人日本雑誌協会

一般社団法人日本商品化権協会

一般社団法人日本情報システムユーザー協会

一般社団法人日本書籍出版協会

一般社団法人日本知的財産協会

一般社団法人日本動画協会

一般社団法人日本民間放送連盟

一般社団法人日本レコード協会

一般社団法人ビジネス機械・情報システム産業協会

(エ) アンケート調査票及びアンケート結果

資料 1 及び資料 2 のとおり。

イ ヒアリング調査の概要

①音楽、文芸、美術、写真、出版、実演、レコード、放送、エレクトロニクス、IT、ソフトウェア等の関係事業者及び事業者団体、②著作権等管理事業者、③有識者、④法改正要望を提出した日本弁理士会、東京都行政書士会、⑤行政機関（東京税関）に対して、面談でのヒアリング調査を実施した。

ヒアリング事項、ヒアリング結果等は資料 3 のとおり。

(ア) 事業者・事業者団体

IT 関係事業者 A（平成 30 年 3 月 1 日実施）

IT 関係事業者 B（平成 30 年 3 月 7 日実施）

IT 関係事業者 C（平成 30 年 3 月 12 日実施）

特定非営利活動法人インディペンデント・レコード協会（平成 30 年 1 月 11 日実施）

一般社団法人情報サービス産業協会（平成 30 年 3 月 14 日実施）

一般社団法人日本音楽出版社協会（平成 30 年 1 月 29 日実施）

公益社団法人日本グラフィックデザイナー協会（平成 30 年 1 月 26 日実施）

一般社団法人日本雑誌協会（平成 30 年 3 月 1 日実施）

一般社団法人日本写真著作権協会（平成 29 年 12 月 13 日実施）

一般社団法人日本書籍出版協会（平成 30 年 3 月 5 日実施）

一般社団法人日本知的財産協会（平成 30 年 3 月 9 日実施）

一般社団法人日本美術家連盟（平成 30 年 1 月 18 日実施） ※兼・著作権等管理事業者

公益社団法人日本文藝家協会（平成 30 年 1 月 24 日実施） ※兼・著作権等管理事業者

公益社団法人日本漫画家協会（平成 30 年 2 月 2 日実施）

一般社団法人日本レコード協会（平成 30 年 1 月 17 日実施） ※兼・著作権等管理事業者

放送事業者 A、放送事業者関連会社（平成 30 年 2 月 21 日実施）

放送事業者 B、C（平成 30 年 3 月 13 日実施）

一般社団法人モバイル・コンテンツ・フォーラム（平成 30 年 3 月 8 日実施）

(イ) 著作権等管理事業者

一般社団法人出版物貸与権管理センター（平成 30 年 1 月 25 日実施）

一般社団法人日本音楽著作権協会（平成 30 年 3 月 2 日実施）

公益社団法人日本芸能実演家団体協議会（平成 29 年 12 月 18 日実施）

公益社団法人日本複製権センター（平成 29 年 12 月 13 日実施）

(ロ) 有識者

骨董通り法律事務所 福井健策弁護士（平成 29 年 12 月 19 日実施）

(ハ) 法改正要望団体

東京都行政書士会（平成 29 年 12 月 28 日実施）

日本弁理士会（平成 30 年 1 月 10 日実施）

(ニ) 行政機関

東京税関（平成 30 年 1 月 19 日実施）

(2) 検討委員会における検討

有識者 11 名から成る検討委員会を設置し、本調査研究の目的を達成するために必要な法的分析、外国法制の調査等を行った。

4 調査体制

検討委員会の委員は以下のとおりである（五十音順・敬称略）。

石新 智規（西川シドリーオースティン法律事務所・外国法共同事業弁護士）

井奈波朋子（龍村法律事務所弁護士）

今村 哲也（明治大学明治大学情報コミュニケーション学部准教授）

小川 憲久（紀尾井坂テーミス総合法律事務所弁護士） * 委員長

奥邨 弘司（慶應義塾大学大学院法務研究科教授）

水津 太郎（慶應義塾大学法学部教授）

曾野 裕夫（北海道大学大学院法学研究科教授）

龍村 全（龍村法律事務所弁護士）

松尾 剛行（桃尾・松尾・難波法律事務所弁護士）

松田 俊治（長島・大野・常松法律事務所弁護士）

横山 久芳（学習院大学法学部教授）

本調査研究にはオブザーバーとして文化庁から以下の者が参加した。

水田 功（文化庁長官官房著作権課長）

秋山 卓也（文化庁長官官房著作権課課長補佐）

小林 左和（文化庁長官官房著作権課著作権調査官）

澤田 将史（文化庁長官官房著作権課著作権調査官）

伊藤 兼士（文化庁長官官房著作権課法規係長）

小川 慶将（文化庁長官官房著作権課法規係）

本調査研究には事務局として一般財団法人ソフトウェア情報センターから以下の者が参加した。

亀井 正博（専務理事）

平澤 高美（調査研究部 部長）

内田 礼（調査研究部 課長代理）

高橋 宗利（調査研究部）

5 本報告書の執筆分担

本報告書の各委員執筆分担は以下のとおりである。

委員氏名 (五十音順・敬称略)	執筆箇所
石新 智規	第2、4(1) アメリカ 第3、4(1) アメリカ
井奈波朋子	第2、4(4) フランス 第3、4(4) フランス
今村 哲也	第2、4(2) イギリス 第3、4(2) イギリス
小川 憲久	おわりに
奥邨 弘司	第2、3(1)エ 特許法その他の知的財産権法との関係 第3、3(1)ウ 特許法その他の知的財産権法との関係
水津 太郎	第3、3(1)ア 独占的ライセンスに基づく差止請求権と民法
曾野 裕夫	第2、3(1)ア 著作物等のライセンス契約における「第三者対抗要件」及び 「契約承継」について～民法法理との整合性の観点から～
龍村 全	第2、3(1)オ 出版権制度との関係について
松尾 剛行	第2、4(5) 中国 第3、4(5) 中国
松田 俊治	第2、2(1)イ （ライセンスに代わる）一部譲渡による対応の問題点・限界及 び当事者間における対応の問題点・限界について 第3、2(1)イ 債権者代位権の行使による対応の問題点・限界
横山 久芳	第2、4(3) ドイツ 第3、4(3) ドイツ

第2 著作物等の利用許諾に係る権利の対抗制度の導入について

1 問題の所在等

(1) 問題の所在

著作物等の利用許諾契約（ライセンス契約）における利用者（ライセンシー）は、著作権等が第三者に譲渡された場合、著作権等の譲受人に対し、当該利用許諾に係る著作物等を利用する権利を対抗する手段がない。そのため、ライセンス契約の期間中に著作権等が第三者に譲渡された場合には、利用者はライセンス契約に基づく自らの利用の継続を確保することができない。

また、著作権者等（ライセンサー）が破産・倒産し、破産手続等の開始時にライセンス契約が双方未履行の場合には、破産管財人等は当該契約を解除することができる（破産法 53 条等）。この破産管財人等の契約解除権は契約の相手方が契約により設定された権利について第三者対抗要件を備えている場合には制限されることになるが、著作物等の利用許諾に係る権利については第三者対抗要件の定めがないため、破産管財人等の契約解除権が制限されることはない。そのため、著作権者等が破産・倒産した場合には、利用者は破産管財人等から契約を解除され利用許諾契約に基づく利用を継続できなくなるおそれがある。

本調査研究では、以上の現在の法制度を踏まえ、著作物等の利用許諾に係る権利の対抗制度に関し、導入の必要性の有無及び導入を検討するに当たっての論点等について、調査・検討を行うこととした。具体的には、著作物等の利用許諾に係る権利の対抗制度導入の検討の必要性については、アンケート・ヒアリング結果の分析（後記 2 (1) ア）、（ライセンスに代わる）一部譲渡による対応の問題点・限界及び当事者間における対応の問題点・限界についての分析（後記 2 (1) イ）を行った上で、それらを踏まえて検討委員会において検討を行い（後記 2 (2) ）、著作物等の利用許諾に係る権利の対抗制度の導入を検討するに当たっての論点については、著作物等の利用許諾に係る権利の対抗制度の導入及び契約の承継についての民法法理からの分析（後記 3 (1) ア）、アンケート・ヒアリング結果の分析（後記 3 (1) イ）、著作権等管理事業への影響についての分析（後記 3 (1) ウ）、特許法その他の知的財産権法との関係についての分析（後記 3 (1) エ）、出版権制度との関係についての分析（後記 3 (1) オ）、サブライセンスとの関係についての分析（後記 3 (1) カ）を行った上で、それらを踏まえて検討委員会において検討を行った（後記 3 (2) ）。さらに、これらと併せて、諸外国における類似制度についての調査を行った（後記 4）。

なお、下記(2)で述べるとおり、過去に文化審議会著作権分科会において、この問題について、検討がなされているため、その内容も踏まえて検討を行うこととする。

(2) 文化審議会著作権分科会における過去の検討状況

ア 文化審議会著作権分科会契約・流通小委員会における検討（平成14年～15年）

平成 14 年度から 15 年度までの 2 年度にわたり文化審議会著作権分科会契約・流通小委員会において検討が行われたが、検討の結果、検討の継続を前提としつつも、「現行法の適用や契約条項の改善で相当程度解決できる。」、「ライセンサーの地位の承継は法改正ではなく判例・学説の蓄積によるべき。」、「他の知的財産権における同様の検討を待った上で、整合性のある制度にすべき。」など、慎重な検討が必要である旨の提言が行われることとなり、具体的な法改正等の動きには至らなかった¹。

報告書記載の提言内容は次のとおりである²。

- ① 利用者保護については、破産法・民法等の現行法の適用、利用許諾契約及び著作権等の譲渡契約における契約条項の改善等により相当程度解決できると考えられるので、今後も関係者においては、現行法の適用や契約による利用の継続の方法について調査研究を進める必要があるが、著作物等の流通の促進に伴い、今後著作権等の譲渡取引等はますます多くなると思われるので、利用秩序に関する基盤整備の一環として利用者保護の制度整備を図ることが望ましい。

¹ 文化審議会著作権分科会報告書（平成 16 年 1 月）23 頁～34 頁。

² 前掲注 1・33 頁～34 頁。

- ② 制度整備に当たっては、破産時における破産管財人の利用許諾契約の解除の場合のみならず、著作権等の譲渡に伴う利用許諾契約との関係も視野に入れた制度設計が必要と考える。
- ③ 現行制度との整合性や破産法における双方未履行契約における破産管財人の解除権制限に対する改正案の内容から、著作権制度において、利用許諾契約に基づく利用者の保護を図るとすれば、それは対抗要件の制度によるべきである。
- この場合、現行制度を前提とすれば、登録による公示の制度を基本とすべきであると考えられるが、申請に係る手続きの煩雑さや利用許諾契約の内容が公示により明らかになることは取引内容の秘密保護の点で支障があるなどの意見に配慮し、現行の著作権等に関する登録制度の仕組みにとらわれることなく、申請手続、公示される内容等についてはできるだけ利用者の要望に配慮した制度になるよう、著作物等を利用する権利を識別し得る最低限の情報を公示するだけの簡易な制度も含め登録制度の在り方について十分に検討する必要がある。
- なお、公示によらず対抗要件を付与する制度（書面による契約）については、利用者の利便性の観点から考慮に値する制度と考えるが、現行制度の前提を大きく変えるものであり、慎重な検討が必要である。
- ④ 利用者が対抗要件を取得した場合の利用許諾契約における許諾者の地位の承継については、法律で一定の制限を加える等の措置をすることは適当ではなく、基本的には判例・学説の蓄積により秩序形成を図るべきである。なお、契約の承継の在り方については、不動産の場合における考え方を参考に、著作権等の譲受人に承継されることを基本として考えるべきであるが、著作物等の利用許諾契約は、不動産における賃貸借契約と違い複雑な契約形態であるものも多いことから、今後も関係者間で研究が行われる必要がある。
- ⑤ 最後に、利用者の保護については、知的財産権全般に通じる制度設計が求められているところであり、著作権制度のみが特別な対抗要件制度を設けることは適切ではないので、他の知的財産権における同様の検討を待った上で、整合性のある制度にすべきである。

イ 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会における検討（平成17年～19年）

平成17年から平成19年にかけて、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会においてライセンサー保護の在り方に関する検討が行われ、平成19年10月12日の文化審議会著作権分科会において、「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成19年度中間まとめ」（以下「法制問題小委員会平成19年度中間まとめ」という。）として検討内容が報告された。

法制問題小委員会平成19年度中間まとめでは、ライセンサーの破産やライセンサーから第三者への著作権等の譲渡等があった場合のライセンサーの保護について、「著作物を利用できる（許諾を受けた）地位の保護のための登録制度」³を設ける方向での対応案が示されたが、特許法における「特定通常実施権登録制度」との整合性を踏まえた同対応案に対しては、各種団体から、登録による公示を第三者対抗要件とすることに否定的な意見が寄せられた⁴。

意見の内容を要約すると次のとおりである。

- 検討されている登録制度については、対象とする著作物、業界の実情、現在検討されている特許権等の通常実施権の登録制度の改正の方向にも留意しつつ実態に即した対抗要件制度を設計すべきであり賛成できない。（大阪弁護士会）
- 登録（公示）によらない書面による契約により対抗要件を付与する制度が望ましい。（社団法人電子情報技術産業協会）
- 許諾に係る著作物の利用を事業として現実に行っている以上、登録等の手続きを経ることなく第三者にその権利を対抗できる仕組みを早急に設けていただきたい。（社団法人日本映画製作者連盟）
- ライセンサー保護のための登録制度の創設には反対。特許権と著作権との大きな相違である登録制度について、特許権の制度を持ち込んでも、著作権の取引慣行に合致するとはいいがたい。（社団法人日本映像ソフト協会）

³ 法制問題小委員会平成19年度中間まとめ第5節3(1)②。

⁴ 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会（第10回）資料3「『文化審議会著作権分科会法制問題小委員会中間まとめ』に対する団体からの意見」（平成20年1月11日）。

○ ライセンシーの地位の保護のために「登録」を必須とするアプローチには賛同できない。
このような「登録」を要することとすると、そもそも権利の発生に「登録」を要しない著作権制度において、新たに煩雑な手続きを創設することとなり、現場に多くの混乱を生ずることが予想される。実情に照らし、登録を要することなく契約で定められた範囲でライセンシーの地位が保護される制度を創設することが望ましい。（日本知的財産協会）

また、ライセンス契約に係る著作権等がライセンサーから第三者に移転された場合において、著作権等の移転を受けた者にライセンス契約が承継されるかどうか（著作権等の移転を受けた者にライセンサーの地位が承継されるかどうか）に関しては、「②で検討した登録制度は、破産管財人や譲受人等から著作権に基づく差止請求を受けないための対抗力を具備するものであり、当然には契約内容が承継されるものではなく、利用者が対抗要件を取得した場合の利用許諾契約における許諾者の地位の承継については、法律で一定の制限を加える等の措置をすることは適当ではなく、基本的には判例・学説の蓄積により秩序形成を図るべきものである。」と結論づけられている⁵。

ウ 文化審議会著作権分科会における検討（平成21年）

上記の検討結果を受けた文化審議会著作権分科会（第27回・平成21年1月26日開催）では、上記の法制問題小委員会の検討結果⁶が了承されることになり、具体的な法改正等の動きには至らなかった。

検討結果の該当部分は次のとおりである。

本小委員会としては、平成14年度以来の検討経過を踏まえてワーキングチームにおいて論点を整理した仕組みを提案したものであるが、今後、実務や学説の動向を考慮するとともに、本制度の参考とした特定通常実施権登録制度や通常実施権登録制度の運用状況も踏まえながら、必要に応じ著作権制度特有の性質を考慮した新たな仕組みを検討することを含め、実効性のある制度のあり方について多面的な調査研究を進めることが適当であると考えます。

⁵ 法制問題小委員会平成19年度中間まとめ第5節3(1)③。

⁶ 文化審議会著作権分科会報告書（平成21年1月）第1編第4章第2節「ライセンシーの保護等の在り方について」。

2 対抗制度導入の検討の必要性について

(1) 調査内容

ア アンケート・ヒアリング結果の概要

(7) 対抗制度の不存在が問題となった事例について

アンケートでは、ライセンス契約の継続中にライセンサーが第三者に著作権等を譲渡した経験を有するとしたライセンシーが、著作物等の種類による分野にかかわらず、ほとんど全ての分野（特にプログラム、映像、キャラクタービジネスの分野）で存在し、当該経験があるライセンシーは30.5%であった⁷。その後の利用継続の可否については、ライセンサーの地位が全て引き継がれて従前どおりライセンス契約が更新されたとの回答をした者が69.4%と多かった一方で、利用は継続できたが新たな義務を課されたとの回答（25.8%）や利用ができなくなったとの回答（4.8%）をした者もいた⁸。

また、アンケートでは、ライセンス契約の継続中にライセンサーが破産した経験を有するとしたライセンシーが、同様にほとんど全ての分野で存在し、当該経験があるライセンシーは23.6%であった⁹。その後の利用継続の可否については、破産管財人との交渉により譲渡を受けて利用を継続したとの回答（45.8%）や破産管財人により著作権等が第三者に売却されたが当該第三者との交渉により利用権限を得たとの回答（25.0%）といった利用が継続できたという回答をした者が多かった一方で、破産管財人によりライセンス契約が解除されて事業を取りやめたとの回答をした者（16.7%）や破産管財人により著作権等が第三者に売却されたため事業を取りやめたとの回答をした者（6.3%）もいた¹⁰。

ヒアリングでも、著作権等の譲渡がなされた事例や著作権者等が破産した事例において、多くの場合は利用が継続できているといった意見が多く見られた。その一方で、ライセンシーが利用許諾に係る権利を第三者に対抗する制度が存在しないことにより問題が生じた事例は、数は少ないもののソフトウェア、コンテンツ配信、ゲーム、映像等の分野において確認された。

【ヒアリング結果概要】

- あるコンテンツ配信事業について、他社に一部のシステムの開発を依頼し、そこから利用許諾を得ることにより事業を実施していた。しかし、その会社の経営状況が厳しくなり、当該システムの著作権を個人に譲渡していたことが発覚した。その後、その個人と連絡がとれたため、対価を支払うことにより、コンテンツ配信事業の継続を何とか確保することが出来た事例があった。（一般社団法人日本知的財産協会会員F社）
- ゲーム業界において、ライセンサーが事業譲渡した際に、ライセンス契約の継続期間中であつたにもかかわらず、ライセンシーは譲受人に利用の中止を余儀なくされた事例を知っている。また、破産になる前に買収したため特段利用の継続に支障は生じなかったが、ゲーム会社を破産前に買収した事例は有名。これは事前に対応出来たから良かったものの、気が付かない間に破産されてしまうようなケースが出てくると大問題になると思う。（一般社団法人モバイル・コンテンツ・フォーラム）
- 映像作品について、記憶する限り2件の事例がある。一つは、著名なキャラクターが登場する海外の映像作品である。著作権が第三者に流出し、新たに権利主張をする者との関係で国内における利活用が支障が生じた。最終的には国内での利活用を可能としたと記憶する。それなりの金銭を支払って解決したのかは知らない。もう一つは、国内のアニメシリーズである。映像作品の著作権が第三者に譲渡される恐れが生じ、ライセンシーの事業展開に支障が生じた。最終的には金銭を支払うことによって、譲渡を防止して権利を全て買い取った。以上は記憶の限りの話であるが、この種の話はさほど珍しい種類のものではない。（福井健策弁護士）

⁷ アンケート Q29 に対する回答

⁸ アンケート Q30 に対する回答（複数回答可）

⁹ アンケート Q34 に対する回答

¹⁰ アンケート Q35 に対する回答（複数回答可）

- ライセンサーの立場でライセンスをしている著作権も含めた事業譲渡を行う場合、事業譲渡に伴って自らの顧客であるライセンシーのビジネスにリスクを生じさせないようにしたい。しかし、対抗制度が存在しないことからそのリスクを回避することが難しいと判断されたときは、かかる著作権を事業譲渡の対象から除外し、事業の譲受人に対してもライセンスのみを提供する形式とせざるを得ない。（IT 関係事業者 B）
- 海外の事業者からソフトウェアのライセンスを受けてビジネスを提供していたところ、当該事業者が倒産し、別の事業者がソフトウェアの著作権等を譲り受けた。既に破産した事業者に前払いでライセンス料を支払っていたが、譲り受けた会社からライセンス料を要求されたので、利用を継続するために支払わざるを得なかった。同じようなケースが2件あった。（IT 関係事業者 C）

（イ）対抗制度の導入に対するライセンシーの意見

アンケートでは、対抗制度を「導入すべき」「どちらかといえば導入すべきと思う」と回答したライセンシーが 75.9%を占めた¹¹。その理由としては、リスクを抱えてビジネスを行わざるを得ないようなライセンシーの不安定な立場の改善を求めるものや、ライセンシーがライセンス契約に基づき行う事業実施に対して行った投資を保護すべきであることなどが挙げられた。対抗制度を導入すべきでない理由としては、現在でも譲受人との間での協議で対応することが可能であることが挙げられた。

【アンケート結果概要】

＜対抗制度を導入すべきとする理由＞

- ライセンシーの地位が不安定であり、リスクを抱えてビジネスをしなければならないため。
- 事業継続の不安定要因となるため。
- ビジネスの停滞を防止することが期待されるので。
- 契約に基づき投資を行っているのであるからその投資を保護すべきである。
- 出版は特に長期の利用が前提となるため、安定的な著作物の利用を図るため。
- ライセンシーの立場は不利なので、特にキャラクターに関しては国内外ともライセンサーの言いなりにならざるを得ないが、著作権法にも対抗制度があれば、弱い立場のライセンシーでもリスクを軽減可能であるため。
- ライセンシーとして正当な許諾を受け、義務を果たしているにもかかわらず、ライセンサーの著作権が移動して事業継続が不能になるのは不当であり、制度として公平性を欠く。
- ライセンシーの立場は不安定であるため、支払った許諾の対価がそのまま損失につながりよくない。
- 現時点では新たに著作権を譲渡されたものと交渉すれば良いと考えて事業を行ってきたが、法制度によってライセンシーの立場が保護されることで安心して事業を継続できると思われるから。

＜対抗制度を導入すべきでないとする理由＞

- 継続使用ではなく新規使用を第三者 C との間で締結する、または締結するための協議自体は現状でも制約されていない為。

ヒアリングにおいては、昨今の情報通信技術の急速な発展を背景にビジネスを取り巻く状況が急激に変化する可能性があるため今後対抗制度が存在しないことが問題となる場面は急速に増え得るとの指摘や、ビジネスにかかわる事業者の多様化から事業の継続実施を確保できる環境が必要となるとの意見、コンテンツの利用を促進させるためにはある程度の予測可能性を確保するべきとする意見があり、対抗制度の導入を求める声が多く確認された。

【ヒアリング結果概要】

¹¹ アンケート Q39 に対する回答。「導入すべき」（46.6%）と「どちらかといえば導入すべきと思う」（29.3%）の合計。

- ゲーム関連市場に関しては、昨今の情報通信技術の発展によりスマートフォン上のゲームを筆頭に急速な成長を遂げているものの、既に成熟市場となりつつあり従前のような成長は見込めないと指摘等から、今後急速に市場環境が変化する可能性も考えられる。そうなった場合には、著作権の譲渡による移転や著作権者の破産も発生する事態が容易に想定されるため、問題が表面化してしまう前に一刻も早く第三者対抗制度を導入してほしい。事業中止というのは危険性として計り知れず、会社の存続に関わるような話である。（一般社団法人モバイル・コンテンツ・フォーラム）
- 当然対抗制度の導入を是非お願いしたい。デジタル系の開発会社が昨今急増しており、今後ベンチャー企業と組んで事業を行う場面も更に増えていくものと考えられるが、事業の安定的な継続ができない環境下では、大問題が生じかねない。（一般社団法人日本知的財産協会会員 F 社）
- 特に最近はインターネットなどでビジネスが複雑化してきて今後様々な事業者が参入してくることが予想されるところ、例えばペーパーカンパニーのような会社が作られて契約後に計画的に権利を譲渡したり破産したりして、当社が被害を受ける危険を感じる。そうしたことによる問題が生じないよう制度設計をして頂きたいと思う。（放送事業者関連会社 B）
- 対抗制度の導入には賛成である。コンテンツの利用を促進させていくべきであり、それにはある程度の予測可能性が求められるが、本制度が導入されることでコンテンツの利用を継続するに際してのリスクにつき予測可能性が高まると考える。（一般社団法人日本知的財産協会会員 D 社）
- 登録などの面倒なことが要件にならないのであれば、第三者に対抗できてライセンスが維持できた方がよいと思っている。特に、最近は数多くのソフトウェアを組み合わせで顧客に納品しているので、そのうちの一つが使えなくなってしまうと顧客との関係で問題になることが考えられるし、事業に影響が出ることが不安に感じられるので、安心感が得られるのであれば制度があった方がうれしい。（IT 関係事業者 A）
- 契約上の対処では限界があるため、常にリスクを抱えている状態でビジネスをしているというのが現状。ライセンシーはライセンスに基づいて行うビジネスに投資しているので、その投資保護の観点からも対抗制度の導入が必要である。これまでは譲渡がされてしまうと、弱い立場になってしまい、何とか利用を継続してもらえよう交渉するしかなかったが、制度が導入されると交渉上の立場が良くなることが期待できる。（IT 関係事業者 C）
- 利用許諾の継続性がないと、利用者が将来の利用継続を担保できなくなってしまう。利用許諾を受けたものは将来の利用継続が担保されるべきと考える。また、美術家が他人の著作物を利用して新たな著作物を作り出す場合もある。そのとき、第三者に対抗できないというのは困るだろう。（一般社団法人日本美術家連盟）

(ウ) ライセンシーの立場を維持するために現状講じられている対策について

a ライセンスに代わる一部譲渡による対応

アンケートでは、譲渡を行ったことがある企業等のうち一部譲渡を行ったことがあるとした回答は 61.0%¹²、譲渡を受けたことがある企業等のうち一部譲渡を受けたことがあるとした回答は 55.8%¹³との結果が得られ、一部譲渡を行うことは一般的に用いられることのある契約形態であることが確認された。一方で、独占的ライセンスを行っているライセンサーの立場となる者からは、ライセンスに代えて一部譲渡を行わない理由として、契約慣行を挙げた者が 54.2%、無断で譲渡されてしまい取り返せなくなるリスクの存在を挙げた者が 35.4%、心理的な抵抗を挙げた者が 25.0%との結果が得られ¹⁴、著作権者等（ライセンサー）側の意向により一部譲渡を受けられない場合が存在することが確認された。

¹² アンケート Q7 に対する回答。「一部譲渡のみ受けたことがある」（8.5%）と（全部譲渡と一部譲渡の）「どちらも受けたことがある」（52.4%）の合計。

¹³ アンケート Q13 に対する回答。「一部譲渡のみ受けたことがある」（8.6%）と（全部譲渡と一部譲渡の）「どちらも受けたことがある」（47.2%）の合計。

¹⁴ アンケート Q20 に対する回答（複数回答可）

ヒアリングでは、契約の対象となる著作権等が著作権者等にとって重要な資産である場合もあること、著作権者等の心理的な抵抗が強いこと等から、ライセンスに代えて一部譲渡を受けることができないケースも存在することが確認された。

【ヒアリング結果概要】

- 著作権者に信用不安があつて、著作権が譲渡されることを懸念するライセンシーから相談を受けた際には、担保目的で一部譲渡を受けたらどうかと助言したが、著作権者はそもそも信用不安は存在しないと主張するなどして助言どおりにはいかなかった。著作権者は、ライセンシーがライセンスを受けている部分についての一部譲渡のほか、期限や目的を限定した譲渡についても抵抗するので、譲渡を受けるのは難しい。（日本弁理士会）
- ゲーム事業の買収に伴い著作権の譲渡も受けることはある。譲渡を受けられるかどうかは著作権者側の考え次第。対抗制度がないが故に譲渡を求める場合もあるが、それを嫌がる著作権者も少なからず存在する。そういった場合には、他人に譲渡する前に自分のところに相談することとする契約条項を入れる等して対応するほかない。（一般社団法人モバイル・コンテンツ・フォーラム）
- 小さなシステム開発会社では、ソフトウェアの知的財産権が重要な資産となるため、それを譲渡してくれる例は極めて少ない。（IT 関係事業者 A）
- （「著作権等の譲渡又は著作権者等の破産等に備えて、契約その他の対策を講じているか」という質問に対して、）なるべく譲渡を受けようとしている。ただ、システム開発を依頼した場合でも、著作権について譲渡契約とすることを嫌がる開発会社は多い。現状でもベンチャー企業等の規模が小さい会社に対してもライセンスにより契約を結ぶことが多い。（一般社団法人日本知的財産協会会員 F 社）

b 当事者間における契約その他の対応

アンケートでは、ライセンシーとして著作権等の譲渡に備えて契約その他の対策を講じているとの回答が 58.6%を占め¹⁵、その具体的な対策としては、ライセンサーが著作権等を譲渡する場合にはライセンシーの承諾を必要とする義務を課すとした回答をした者が最も多く 56.3%、ライセンサーが著作権等を第三者に譲渡することを禁止するとした回答をした者が次いで 42.0%となった¹⁶。対策を講じていないと回答したものの理由としては、ライセンス対象著作権等の譲渡がされても譲受人との間で交渉すれば問題がないと思われるとする回答（50.0%）やライセンス対象著作権の譲渡が起こることが考えられないとする回答（26.2%）といった対策の必要性を感じていないという趣旨の回答をした者が多かった一方で、ライセンサーが抵抗し、対策について合意できなかったと回答した者も 22.6%いた¹⁷。

また、アンケートでは、ライセンシーとしてライセンサーの破産に備えて契約その他の対策を講じているとした回答は 30.5%であり¹⁸、対策を講じていないと回答したものの理由としては、ライセンシーの破産が起こることが考えられないとする回答（31.9%）やライセンス対象著作権等の譲渡がされても破産管財人との間で交渉すれば問題がないと思われるとする回答（31.2%）といった対策の必要性を感じていないという趣旨の回答をした者が多かった一方で、ライセンサーが抵抗し、対策について合意できなかった回答した者も 27.0%いた¹⁹。対策を講じていると回答した者のうち、その具体的な対策としては、信用不安など破産の危険が生じた場合に著作権等をライセンシーに対して譲渡する義務を課しているとの回答をした者が 53.2%、プログラムの著作物についてはエスクロウ契約を締結しているとの回答をした者が 33.9%、約定解除条項の定めを置いているとの回答をした者が一定程度存在していた²⁰。

ヒアリングでは、著作権等の譲渡に備えて、ライセンス契約において著作権等の譲渡を禁止する

¹⁵ アンケート Q31 に対する回答

¹⁶ アンケート Q32 に対する回答（複数回答可）

¹⁷ アンケート Q33 に対する回答（複数回答可）

¹⁸ アンケート Q36 に対する回答

¹⁹ アンケート Q38 に対する回答（複数回答可）

²⁰ アンケート Q37 に対する回答（複数回答可）

条項を入れることにより対応しているとする意見が多く見られたものの、譲渡禁止条項をなるべく受け入れないこととしているライセンサーが存在することや、ライセンサーとの信頼関係を崩さないようにするためには譲渡禁止条項を求めることが困難な場合があること等を示す意見も見られた。また、破産の場合に備えて、著作権者等の信用不安の情報を察知した場合には、破産に至る前に著作権等の譲渡を受けるための交渉を行うとの意見が多く見られた。他にも、エスクロウ契約を結ぶことによりライセンサーの破産に備えているとの意見があったが、エスクロウ契約に対しては、それによりソースコードの取得ができたとしても、ソフトウェアの種類によっては日々のメンテナンスによる改変利用が許諾されていないと意味がない場合があるとの意見もあった。

【ヒアリング結果概要】

- 著作権の譲渡禁止条項はしばしば契約に入れる。また、その効力は怪しいものの、倒産の予兆がある場合、例えば連絡を取ることができない、事業停止、債務超過、支払停止等の事実を解除原因とする解除条項は必ず入れている。（福井健策弁護士）
- 第三者への譲渡を禁止する条項を入れることにより対応している。何も入れないということはほぼなく、譲渡禁止を拒否されたら、より緩やかな形で、例えば譲渡の際には優先的に交渉することを義務付けるなど何かしら契約条項を入れるようにしている。（IT 関係事業者 A）
- 著作権を第三者に譲渡する場合には事前に通知するような条項を契約に入れている。著作権の第三者への譲渡を禁止する条項を入れる場合もあるが、実効性には疑問を感じる。（一般社団法人モバイル・コンテンツ・フォーラム）
- ライセンサーとしては、今後何が起こるかもわからないので、譲渡禁止条項は基本的には受け入れないこととしている。（一般社団法人日本知的財産協会会員 B 社）
- エスクロウ契約によりソースコードの取得ができたとしても、ソフトウェアの種類によっては日々のメンテナンスによる改変利用が許諾されていないと意味がない場合がある。（一般社団法人日本知的財産協会会員 B 社）

イ （ライセンスに代わる）一部譲渡による対応の問題点・限界及び当事者間における対応の問題点・限界について

(7) （ライセンスに代わる）一部譲渡による対応の問題点について

a 著作権の一部譲渡に関する実務と、その問題の所在

(a) 総論

著作権法は、利用権の対抗要件制度を備えていないなどの問題があり、このため、著作権者による譲渡やライセンサー倒産のリスクを懸念して、利用者は利用許諾ではなく著作権の譲渡を望むという実情がある²¹。もっとも、著作権の全部譲渡には著作権者が同意しないことが多い。そこで、利用に必要な範囲に限定された著作権の一部譲渡が実務的に行われている。

著作権法 61 条 1 項は、「著作権は、その全部又は一部を譲渡することができる」と規定しており、少なくとも、一定の範囲で一部譲渡を認めている²²。しかし、問題は、「一部」として、どのよ

²¹ 例えば、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門』（有斐閣、2009 年）230 頁は、「特に、実務上、著作権の分割譲渡が行われる背景には、わが国の著作権法が利用権の対抗要件制度を用意していないために、第三者対抗力を有する利用許諾に代替する制度として権利の分割譲渡が活用されるという実情があるようである。」と指摘する。この点について著作権の一部譲渡について検討がされた、平成 18 年 1 月の文化審議会著作権分科会報告書は、次のように述べる。「我が国著作権法は、著作権の譲渡又は出版権の設定以外に、第三者が著作物の利用についての「物権的な権利」を得るための制度を有していない。現行制度では、許諾は全て債権的権利であり、被許諾者（ライセンシー）は、独占利用許諾契約を結んだとしても当該独占性は債権的効力しか有さないため第三者が利用することについて当然には差し止めることはできない。更に、利用許諾について対抗要件制度が存在しないため、著作権者（ライセンサー）が破産した場合や第三者に著作権が譲渡された場合、引き続き当該著作物を利用することについても、破産管財人や譲受人に対抗することができずと解されている。著作物には多様な利用形態が存在し、利用形態ごとに独立の経済的効用を期待し得る。著作物の利用に係る「物権的な権利」を、第三者に与えるに際し、著作権の全部を譲渡するか又は全く譲渡しないかの二者択一しかないとなれば、著作権者及び利用者の双方にとって不便であり、ここに著作権の一部譲渡を積極的に認める意義がある。」（116-117 頁）

²² このような規定の仕方については、「立法論としては、まず明文で、いかなる範囲で分割が可能であることを明確に示

うな細分化が許容されるかである。

(b) どこまで細分化できるかという問題について

実務が、著作権の独占的な利用許諾/非独占的な利用許諾というライセンス取引の代わりとして一部譲渡という法形式を用いることについては、現行法を前提に、その許容性を指摘する見解がある。しかし、あくまで（準）物権的な権利である著作権の移転である「一部譲渡」という法的構成では、多様な著作物の性質やビジネスの実態等に応じて、契約自由の原則の下、様々な内容で設定されているライセンス取引の実態と比較すると、当事者の自由度がそれほどには高くはなく、「譲渡」とライセンスとの相違点などに起因し、法的な問題が生じる可能性があり、本質的な解決策になっていないのではないかという懸念がありうる（詳細は、後記 b）。

著作権は、利用態様ごとに定められた支分権（著作権法 21 条ないし 28 条）の束として構成されており、個々の支分権ごとに譲渡することは可能と一般に解されているが、さらに細分化した分割譲渡が可能かどうかについては、様々な議論がある。

下級審裁判例には（合意による一部譲渡ではなく、支分権の取得時効が争点となった事案であり、事案の結論として主張された一部の権利の取得を否定したものであるが）、「著作権の一部の譲渡、移転が可能であるとはいえ、どこまで細分化した一部であっても譲渡、移転することが認められるものではなく、その一部がどのような意味での一部なのか（時期的一部か、地域的一部か、利用形態別の一部か、一個の著作物の全体か数量的一部か。）ということや著作物の性質等を前提に、そのような一部の譲渡、移転が現に行われているなどその程度まで細分化した一部の譲渡、移転の社会的必要性と、そのような一部の譲渡、移転を認めた場合の権利関係の不明確化、複雑化等の社会的な不利益を総合して、一部の譲渡、移転を許容できる範囲を判断すべき」と述べたものがある²³。

(c) 真正売買の観点からの問題について

著作権法が利用権の対抗要件制度を備えていないという問題から、ライセンサー倒産のリスクを懸念して、形式的に譲渡と法的構成をしたとしても、例えば、譲渡の対価が支払われず、著作権のコントロールが元の著作権者に残ったままであるなどしているような場合には、当該形式的な譲渡は、実質的には利用許諾に過ぎないなどと倒産法的再構成がされてしまう懸念がありうる（詳細は、後記 c）。

b 細分化に関する問題点

(a) 総論

前述のとおり、前記下級審裁判例は、「その一部がどのような意味での一部なのか（時期的一部か、地域的一部か、利用形態別の一部か、一個の著作物の全体か数量的一部か。）ということ」などを前提に、「一部の譲渡、移転を許容できる範囲を判断すべき」と述べていたが、時間的一部譲渡（例えば、2020 年までの著作権に譲渡対象を限定するなど）、地理的一部譲渡（例えば、「京都市における上演権」と「東京都における上演権」など）、内容的の一部譲渡（例えば、複製権、上演権の支分権ごとに、または支分権を更に細分化する（例えば、豪華本として複製する権利と文庫本として複製する権利など）など）のそれぞれについて、どこまで細分化が可能と考えられているかが問題となる。

し、そのあとに、その限りで「一部譲渡」が可能であるとの規定を置くべき」という指摘がある（成田博「物権との対比による著作権法への疑問」（「半田正夫先生古稀記念論集 著作権法と民法の現代的課題」503 頁））。

²³ 東京地判平成 6 年 10 月 17 日判時 1520 号 130 頁〔ポパイベルト事件〕。そのような判断基準に基づき、事案としては「本件についてこれを見ると、被告が複製権の時効取得を主張するのは、一九二九年一月一七日から一日読み切り又は毎日の漫画が一週間かそれ以上続く体裁の連載漫画の主人公ポパイの特定の姿態の絵画であり、それが具体的に何回目の漫画のどのコマの絵であるかの特定もされていない、一個のストーリーの最初から終りまでの絵画と言語を総合した一個の著作物である漫画の量的の一部であって、このような一部の譲渡、移転を認める社会的必要性は乏しいのに対し、一個のストーリーの漫画の中の当該絵画以外の部分と当該絵画部分の著作権が別人に帰属したり、被告主張のポパイの絵画に類似するポパイの絵画の使用を望むものは誰に使用許諾を得れば良いか判断に迷う等権利関係の複雑化、不明確化の社会的不利益が著しいことを考慮すれば、一個のストーリーの最初から最後まで漫画の著作物の中の特定の絵画についてのみ一部の複製権の譲渡、移転は許されないものである。本件の場合、対象となる絵画は何回目の連載のどのコマの絵であるかの特定もされていないのであるから、ましてやそのような一部の複製権の譲渡、移転は認められないものといわなければならない」と述べている。

(b) 時間的一部譲渡について

i 時間的一部譲渡の法的な意味に関する学説など

著作権者 A は、その保有する著作権について、その支分権のうち上演権の期間を、例えば「2018 年 1 月 1 日から 2 年間」に譲渡対象を限定（2020 年までの著作権）して、第三者である B に譲渡することができるかという問題である。

仮に、このような譲渡が認められるとして²⁴、その法的性質については、①著作権法 61 条 1 項により特別に認められた時間的に限定された一部譲渡（当該一部以外の部分の権利（上記期間以降の著作権）は譲渡後も引き続き、譲渡人 A が保有したままで、譲受人 B に移転していない。すなわち、一部譲渡の期間において、a)「2018 年 1 月 1 日から 2 年間」の間効力を有する著作権と、b)2020 年 1 月 1 日以降保護期間満了まで効力を有する著作権とが分割され、B は、a)の権利を保有し、A は b)の権利を同時期に保有しているのであり、2019 年の満了により、b)の権利が A に戻ってくるとは考えない）とみる見解²⁵と、②そのような特別な譲渡ではなく（例えば、不動産取引において民法上も認められている）買戻特約付譲渡、解除条件付き譲渡などとして有効な譲渡合意（いったん当該支分権の全部が A から B に移転し、後に A に全て戻ってくるという意味では全部移転が 2 回行われると構成するもので、厳密には時間的な一部譲渡ではない）であるとみる見解²⁶とに分けて整理することができる²⁷。

下級審裁判例では、（一定期間の著作権の譲渡について（スペイン法の適用がある）委任契約か譲渡契約かが争われた事案であるものの、）「著作権の時間的一部の譲渡は、我が国の著作権法上も認められるものであり、譲渡人が譲受人に著作権の管理を委ねる目的で行われたとしても委任契約ではなく、その目的を達成する手段として著作権を譲渡するという方法を選択し、本件契約を締結したことは明らかであって、著作権は定められた一定の期間、完全に譲受人に移転するものである」²⁸と述べたものがある。

いずれの見解をとるかで、例えば、当該一部譲渡期間中に、譲受人 B が第三者である X に当該期間後の著作権を譲渡した場合（二重譲渡リスク）や B が破産した場合の一部譲渡期間後の著作権の帰属等（倒産リスク）について評価が異なることになる。

すなわち、前記①の見解をとれば、X は一部譲渡期間経過後の時期を対象とする著作権の譲渡については、無権利者（B）からの譲受人にすぎないことになるが、後者の見解であれば、B から A への（復帰的）物権変動と X への二重譲渡の事案ということになり、A と X との間で、B からの譲

²⁴ 「理論的には各種の権利を期間を限って譲渡することは可能であるが、ほぼ同様の目的は期限付きの排他的許諾によっても達成されるのであるから、あえて期限付きの譲渡を認める必要はないように思われる」（半田正夫「著作権法概説（第 9 版）」185 頁）として、ライセンスで十分として、否定的な見解も存在するが、後記②の意味での時間的一部譲渡まで否定する趣旨かは定かではない。

²⁵ 上野達弘「知的財産法の重要論点第 28 回 著作権に関する契約」法学教室 No.350（2009 年 11 月号）118 頁、小倉秀夫＝金井重彦編『著作権法コンメンタール』（レクシスネクシス・ジャパン、2013 年）964 頁〔矢吹公敏担当部分〕

²⁶ 松村信夫「著作権の移転をめぐる問題点」（牧野利秋ら編「知的財産法の理論と実務（第 4 巻）」）は、「期間を制限した著作権の全部又は一部譲渡については、解除条件付きの著作権譲渡、若しくは売買を原因とする譲渡に関しては再売買予約付譲渡としてその有効性を認める余地」があるとする（147 頁）。高林龍「標準著作権法（第 3 版）」は、「不動産の場合に再売買予約付あるいは解約特約付の売買と構成して、いったん完全な所有権が移転しても、後日これが返還されることを前提とすることが可能とされているように、著作権の場合も譲渡後の一定期間経過によってこれを戻す契約として構成することは可能であるが、期間を区切った譲渡と構成するのはあまりに技巧的である。」（201 頁）と述べる。また、「『似ている』というのは、『同じでない』ということをも同時に意味していて、『買戻し』と『時間的に期間が区切られた所有権』は絶対に同じではない」という指摘がある（前掲・成田 500 頁）。

²⁷ 中山信弘『著作権法（第 2 版）』（有斐閣、2014 年）416 頁は、「著作権の期限付譲渡は実質的には独占的な利用権に近いが、法的にはその期間の著作権は移転しているので、譲受人は著作権者としての地位に立つ。このように期限付譲渡は、買戻特約付譲渡、解除条件付譲渡とみることもできようが、危険負担等の微妙な点で相違がでてくる」と述べており、いずれの見解をとるかで法的問題の結論に相違が出ることを指摘している。

²⁸ もっとも、この裁判例については、「契約の準拠法であるスペイン法に従い、期限を定めた著作権の一部譲渡が認められている」と留保を置いたかのような評価もある（前掲・中山 415 頁）。また、「書面による別段の合意がない限り、本契約期間満了時に、かかる権利はダリ又は同人の相続人もしくは他の承継人に帰するものとする。」旨の定めがあり、本件契約の当事者は、2004 年 5 月 11 日までの間にダリが死亡しても契約は終了せず、契約期間満了時にダリの相続人もしくは他の承継人に帰することを、明らかに予定していたことが認められる。」という事実認定がされていた事案であり、「帰する」という文言の解釈によれば、上記 i①の趣旨の裁判例と確定的に評価すべきかは定かではない（なお、同裁判例の評釈には、多くの学説が肯定する「期限付きの譲渡」について、「買戻約款付きの譲渡契約に類似するものと説明されている」としているものがある（野村豊弘「期間限定の譲渡」著作権判例百選（第 3 版）181 頁））。

渡についてどちらが先に対抗要件を具備するかという対抗問題になると考えられる（著作権法 77 条 1 号）。応用問題的には、当該一部譲渡期間中に、譲受人 B から第三者である X に当該期間後の期間も含む利用許諾がされた場合に当該利用許諾を A に主張できるのかという点も問題になり得るのではないかな。

また、倒産リスクについては、「期間限定を解除条件、買戻特約付の譲渡と解する場合、期間の限定が登録簿に公示されていても（この立場からは本来公示すべきでないことになるが）、原著作権者は譲受人の破産時に期間制限の存在を第三者に主張できない可能性がある。期限付譲渡を一部譲渡として認める見解からは、期間が限定されていることが公示されていれば原著作権者は第三者に期間の制限を主張することができる。」と論じられており（「文化審議会著作権分科会報告書」（平成 18 年 1 月）118 頁）、やはり、①と②の見解で異なりうる。

ii 検討

前者の見解の支持者からは、対抗要件²⁹を具備した利用権が制度上用意されていない我が国の著作権法の下では時間的一部譲渡のニーズがあるという意見が表明されている。しかし、不動産のような物権、そしてその他の知的財産権においても、上記 i①の意味での時間的一部譲渡は認められていないにもかかわらず、ニーズがあるというだけで正当化することは難しく、利用許諾制度が不十分であるというのなら、法改正により不都合を解消すべきであるという考え方があり得る。

著作権を含む知的財産権は、民法上の物権を模して作られた準物権的な権利である。そして、民法は物権法定主義（民法 175 条）を定め、新しい物権の創設だけでなく、既にある物権に法律で定める以外の内容を与えることも禁じているが、その理由は「取引の安全」にある³⁰。著作権の時間的一部譲渡は、準物権的な権利の極めて特殊な譲渡態様であるが、著作権法 61 条の文言により明確に許容されていると解釈することは困難である。仮に、これを自由に認めれば、法律が予定していなかった、例えば、「一日限り」、さらに極端なことを言えば「一時間単位」といった細切れの権利の創設を認めるに等しく、物権法定主義の精神及び取引の安全の観点からは許容しがたいという指摘もありえ³¹、裁判所がそのような見解を採用する可能性を完全には否定できない³²。

このように、時間的な制約のある譲渡合意は、上記 i①の構成ではなく、民法等でも許容されている法律構成を勘案して、買戻特約付譲渡などの趣旨として効力を認める上記 i②の構成が裁判所等によって採用される可能性を否定できない（したがって、譲渡期間中、将来の権利について二重譲渡がされ、権利を失うリスクを負う）とすれば、そのようなリスクを負担することは、譲渡人である著作権者の真の意図に合致しないと思われる。

したがって、このような時間的一部譲渡を巡るその法的性質に関する議論状況は、ライセンス取引の代わりに一部譲渡という法形式を用いることの問題点となると考えられる。

(c) 地理的一部譲渡

著作権は、ベルヌ条約を通じてその締約国において保護されるが、各国における著作権は、当該国ごとの著作権法の下で成立する権利として観念されるから、国ごとに著作権を譲渡することは、（それを地理的一部譲渡と呼ぶかどうかはともかくとして）当然に可能である。それでは、日本国内をさらに細分化し、例えば、北海道における上演権に限定した譲渡は可能か。

学説では、分割された権利同士がそれぞれ排他的に棲み分けられている限り一部譲渡は許されるとして、〇〇市/〇〇県における上演権に細分化して譲渡することを認めるなど、地理的一部譲渡を肯定する見解も存在する³³。

²⁹ 文化庁における対抗要件のための登録の実務としては、時間的一部譲渡が可能であることを前提として、「〇年〇月〇日から〇年〇月〇日までの著作権の譲渡など期間限定の譲渡も可能です」とされている。（文化庁長官官房著作権課「登録の手引き」（平成 27 年 1 月）28 頁（http://kodomo.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/seidokaisetsu/toroku_seido/pdf/tebiki.pdf））

³⁰ 内田貴『民法 I 〔第 4 版〕』（東京大学出版会、2008 年）351 頁

³¹ 三村量一・松田俊治「エンタテインメント契約」（ジュリスト 2013 年 11 月号 77 頁）

³² 前掲・文化審議会著作権分科会報告書（平成 18 年 1 月）にも「著作権の一部を譲渡することについては、所有権との対比において理論的に問題があるとの指摘があり、特に期間が限定された著作権の譲渡は一部譲渡とは認めるべきでないとの意見がある」という指摘がある（120 頁）。前掲・成田 503 頁は、所有権についての物権法定主義との関係から、「著作権法定主義」を想定し、「時間的な限定を付した著作権」なるものは「著作権法定主義」に反するというべきと指摘する。

³³ 前掲・上野 118 頁、前掲・中山 415 頁

しかし、文化庁の登録実務では、このような日本国内の地理的一部譲渡の登録を原則として認めていない³⁴。支分権の中には、著作物が化体した商品の製造・販売等に関連する権利である複製権・譲渡権などが存在する。全国を一体とした市場が形成されている我が国の現在の商品流通の状況下において、地域を分割した著作権譲渡を認め、地域外で製造・販売される商品に対し、著作者による著作権法に基づく差止請求及び損害賠償請求を許容すれば、取引の安全を著しく害する³⁵。また、インターネットの利用など技術の発展を受けて、利用者の行為地と著作物のユーザーによる利用地が分離することが珍しくなくなっている現実もある。都道府県や市区町村等の行政区画を用いたとしても、市町村合併などもあり、当事者の譲渡時の想定と異なってくることもあり得る。

したがって、日本国内における地理的制約のある譲渡合意は、著作権の一部譲渡としては認められず³⁶、当事者の合理的意思表示解釈としては、そのような地理的な制約のある独占的な利用の許諾をする趣旨の合意であったと裁判所によって判断されるリスクを否定できないように思われる³⁷。このように地理的一部譲渡という法的構成が当事者の意図したとおりに採用されないリスクは、ライセンス取引の代わりに一部譲渡という法形式を用いることの問題点であると考えられる。

(d) 内容の一部譲渡

支分権を更に利用態様の内容に着目して細分化する内容的な一部譲渡については、著作権法 61 条が、「一部」譲渡が可能であると明記したことを根拠に、例えば、複製権を「文庫本として複製する権利」や「豪華本として複製する権利」に分割するような極端な細分化も可能とする見解³⁸に加え、分割された著作権を有する者の間で相互に抵触することなく排他的に利用できるのであれば、一部譲渡は妨げられないなどとして、細分化に一定の限界はあることを示唆しつつも、演奏権をピアノで演奏する権利やヴァイオリンで演奏する権利、男性に譲渡する権利と女性に譲渡する権利に細分化することも可能などと柔軟に内容的な一部譲渡を肯定する見解もある³⁹。

著作権は、準物権的な権利であり、その譲渡がされた場合、譲受人は、第三者に対して差止請求権を行使し、あるいは第三者に利用許諾できるなど極めて強力に排他的な地位を獲得する。しかし、当事者の合意に基づき内容的に自由に著作権を細分化して譲渡することを認めると、多数の第三者への分割譲渡及び、その譲受人によるさらに細分化した利用許諾や再分割譲渡を通じて、権利の境界が曖昧となる危険を避けることができない。このような事態は、取引の安全の観点のみならず、ある利用態様についての差止請求権者は誰か、被告の利用許諾の抗弁は正当な権利者から付与されたものかを不明確とし、著作権侵害訴訟のような権利行使の場面でも混乱を生ぜしめるから、抑制的に考えるべきという見解がある⁴⁰。

³⁴ 「一つの著作物について、条約締約国の間では、各国において当該国における著作権が発生するため、国を限定して著作権を譲渡することは可能です。したがって、例えば米国で創作された著作物について、日本における著作権（著作権）に限定して譲り受けることも可能であり、日本の著作権法に基づく登録によって日本における対抗要件を具備することになります。（中略）また、地域を限定する譲渡であっても、東京における著作権（著作権）や「近畿地方における著作権」などのように一つの国をさらに細分化することは原則として認められません。」（前掲・「登録の手引き」30頁）

³⁵ 特許法の専用実施権に関する議論について、三村量一「特許実施許諾契約」相山敬士＝高林龍＝小川憲久＝平嶋竜太編『ビジネス法務大系Ⅰ ライセンス契約』（日本評論社、2007年）105頁

³⁶ 前掲・文化審議会著作権分科会報告書（平成18年1月）においても、「地域を限定する譲渡は認められるとする考え方が一般的だが、対外的な権利関係が不明確になる、錯綜する場合については効力が否定される可能性があるとする見解や、境界を跨いだ複製物の流通を阻止できるような解釈論までは許容されないとする見解がある。また、同一国内（同一法領域）における地域的分割が可能であるかについては国際的にも議論のあるところである。」（118頁）とされている。

³⁷ 同様に、地理的一部譲渡に否定的な見解として、加戸守行『著作権法逐条講義（六訂新版）』（著作権情報センター、2013年）438頁、金井高志『民法で見る知的財産法〔第2版〕』（日本評論社、2012年）136頁

³⁸ 半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール2（第2版）』（勁草書房、2009年）746頁

³⁹ 前掲・上野117頁。なお、前掲・中山414-416頁は、比較的柔軟に細分化を肯定するようである。「このように権利を細分化してゆくと互いに抵触する内容となる場合があり、どこまで認めるべきか、という点については個別的に検討しなければならない。細分化した結果、お互いに相容れないような権利を譲渡した場合には、譲渡人と譲受人との間では、契約の合理的な解釈による以外にない。（中略）また第三者との関係では、相容れないような権利が譲渡された場合には、基本的には二重譲渡の場合の対抗の問題として処理されることになろう」前掲・中山415頁

⁴⁰ 支分権よりもさらに細分化した内容的な一部譲渡に否定的な見解として、「支分権をさらに細分化して、たとえば複製態様ごとに各別に譲渡することができるとまでいわれると違和感がある。このような権利処理は権利譲渡ではなく、本来ならば排他的（独占的）利用許諾として行われるべきものであろう」及び「著作権自体の譲渡の場合にも、これが支分権以上に細分化されて多数の者に分属することに対しては、何らかの規制をはたらかせるべきであらう」とする前掲・

エンタテインメント分野の契約実務では、特定の利用を念頭において、〇〇分野の商品化権、映像作品のビデオ・オン・デマンド権を譲渡するなど、相当柔軟に内容的の一部譲渡ができるという前提で契約が締結されてきた例もあると思われるが、例えば、前記「文庫本」と「豪華本」の例でいえば、「豪華な文庫本」を出す権利は誰のものか、また「ミュージカル」としての上演権とは別に「人形劇」としての上演権が細分化された場合に、「人形劇によるミュージカル」を上演できるのは誰かなどが問題になり、混乱を生じてしまう（内容の分割の例として、「アニメーションのキャラクターの商品ごとの利用」や「クラブやスナックにおける演奏権」及び「カラオケボックスにおける演奏権」並びに「小説の複数の映画化」を挙げる文献もある⁴¹⁾）。さらに問題なのは、契約締結時にはそれらの境界が明確に思えても、技術等の進展に伴い曖昧になりうることである（例えば、10年前の契約で、携帯電話の画面にキャラクターを表示させる権利とゲームにおいてキャラクターを利用する権利とを細分化したとすれば、現時点では、スマートフォンのアプリとしてのゲームにおいて利用する権利はどちらに帰属するかは明確ではないように思われる。）。

したがって、内容的の一部譲渡については、前述のとおり、抑制的な見解や、権利範囲の明確性及び取引の安全の観点から、支分権ごとの譲渡又はこれに準ずる範囲⁴²⁾に限って許容され则认为すべきという見解がある⁴³⁾。そして、裁判所がこのような見解を採用する場合には、これを超えて細分化がされたケースについて、当事者の合理的な意思解釈を行い、一部譲渡ではなく、独占的な利用許諾がされたものと解されることになろう⁴⁴⁾。このように内容的の一部譲渡という法的構成が当事者の意図したとおりに採用されないリスクは、ライセンス取引の代わりに一部譲渡という法形式を用いることの問題点であると考えられる。

(e) まとめ

著作権法の制度上の問題を克服するために、実務が、著作権の独占的な利用許諾/非独占的な利用許諾というライセンス取引の代わりとして一部譲渡という法形式を用いたとしても、著作権という

（準）物権的な権利の移転であることから、前記の通り、取引の当事者が意図する自由な細分化が認められない懸念がある。具体的には、地理的一部譲渡及び支分権をさらに細分化する内容的の一部譲渡については、そのような著作権の一部譲渡を認めないという見解が採用された場合、当事者の合理的な意思解釈としては、上記のような制限のある独占的な利用の許諾が A から B に対してされたと解釈されうる。

さらに、前記の下級審裁判例が述べるように、一部譲渡が認められるかどうか、事後的に裁判で争われないと確定しないとすると、第三者との関係で取引の安全が大きく害されうる。

また、時間的一部譲渡については、ライセンス取引の代わりに一部譲渡という法形式を用いる場合に、その法的性質としては、譲渡人が一部譲渡期間中に二重譲渡のリスクを負担する、買戻特約付きの譲渡としてしか認められないとすれば、譲渡人である著作権者の真の意図に合致しない懸念がある。

c 真正売買の観点からの問題について

著作権法には、利用権の対抗要件制度を備えていないという問題があるから、ライセンサー倒産のリスクを懸念して、形式的に譲渡という法的構成を採用したとしても、前記 b のように、その権利の実質に鑑みると売買ではない（利用許諾（ライセンス）である）などと認定されてしまう懸念がある。

すなわち、倒産時においては、「譲渡」という法的構成を採用していたとしても、倒産手続を公

高林 200 頁及び 201 頁がある。また、前掲・松村は、「支分権の内容を更に制限する「一部譲渡」を認めれば、権利内容の制限が異なる同一の支分権が転々譲渡されることを許すことになり、権利関係が混乱するおそれがある。以上のように考えると、上記のような権利関係の混乱という犠牲をはらってまで（中略）利用の態様を制限した一部譲渡を認めるほどの必要性があるとは思えない」とする。147 頁。前掲・金井 136 頁も参照。

⁴¹⁾ 半田正夫・松田政行編「著作権法コメンタール 2（第 2 版）」746 頁

⁴²⁾ 例えば 27 条の翻案権につき、各支分権に応じた翻案利用に細分化した譲渡（演劇としての上演権の B 社への譲渡に伴う上演型の翻案と、商品化に必要な複製権の C 社への譲渡に伴う複製型の翻案への細分化）が考えられる。

⁴³⁾ 前掲・三村 79 頁

⁴⁴⁾ あくまで事案次第であるが、当事者間で譲渡の意思が強く、著作者への留保部分が僅少であるなどの特殊な事案においては、支分権の範囲で著作権の譲渡がされたが、留保合意の範囲で譲受人の不利用と著作者へのライセンスバックが合意されたと評価すべき場合も存在するかもしれない。

正に進めるに際して、その実質は担保なのではないかとか、その実質はリースなのではないかなどという法的再構成が問題になることがあり、これは、「真正売買」の問題、「倒産隔離」の問題などと呼ばれることがある。具体的には、「真正売買論としてわが国において展開された議論では、当事者の合意内容、価格の均衡、貸借対照表における記載、買戻特約の有無、あるいは信用補完措置の程度などを基準として、」対象財産が誰に帰属しているかを決定しようとしてされてきたとされる（伊藤眞「証券化と倒産法理（上）－破産隔離と倒産法的再構成の意義と限界」（金融法務事情 1657号 8頁））。

このような考え方を、著作権の分野の一部譲渡の場面に当てはめてみると、例えば、一部譲渡に際して、譲渡の対象となった著作権の価値にみあった譲渡の対価が支払われず、著作権について、一定のコントロールが元の著作権者に残ったままであるなどしている場合、実質的には、「売買」ではない（利用許諾に過ぎない）と倒産法的再構成がされてしまう懸念を否定できないように思われる。

その場合、倒産リスクを懸念して、一部譲渡という法的構成を採用したにもかかわらず、そもそも倒産リスクを現象できない取引だったことになってしまうから、問題の根本的な解決にはならない懸念がある。

（イ） 当事者間の契約における対応の問題点・限界について

ライセンス取引が行われた後で、対象著作権が譲渡され、ライセンシーの利用権原について対抗要件を備える手段がないという問題が生じないようにするために、ライセンシーがライセンサーに対して、ライセンス契約等において、譲渡禁止等を規定することを求めることが考えられる。

しかし、契約当事者間でこのような約定がされても、それはあくまでも債権的行為にすぎず、契約外の第三者に対して、当然に法的拘束力が及ぶものではない。したがって、契約の一方当事者の違反行為に対しては、事後的に債務不履行責任を追及する（損害賠償を請求する）ことはできても、譲受人との関係で権利移転の効果を無効にすることはできず、また、（そもそもライセンシー保護の対抗要件制度もない現状の下）契約上の地位の移転などを譲受人との関係で当然に生じせしめることもできないから、このような対応策には、限界がある。

(2) 検討結果

アンケート・ヒアリング調査からは、ライセンス契約の継続中に、ライセンサーが第三者に著作権等を譲渡した場合や、ライセンサーである著作権者等が破産する場合が一定程度存在することが確認されたところ、著作権等が譲渡された場合であっても、多くの場合は譲受人から利用について引き続き許諾が受けられている事例が多いこと、著作権者等が破産手続等を開始した場合であっても、破産管財人等から著作権等の譲渡を受ける等により利用が継続できる事例が多いことが確認された。その一方で、譲受人から許諾が受けられずに利用の継続に支障が生じた事例、譲受人から許諾を受けるために高額の支払を求められた事例が存在することも確認された。

このように、現時点でライセンシーによる利用の継続に支障が生じる事例が多数存在しているという状況ではないものの、ライセンシーとしてはライセンス契約に基づくビジネスにリスクを感じており、著作物等の利用許諾に係る権利の対抗制度の導入を求める意見が多かった。加えて、昨今の情報通信技術の急速な発展やビジネスに関わる事業者の多様化により、現時点では事例は少なくとも、今後著作物等の利用許諾に係る権利の対抗制度が存在しないことにより利用の継続に支障が生じる場面が急速に増え得るとの指摘もあった。

著作物等の利用許諾に係る権利の対抗制度が存在しない現行の法制度の下で考えられる対策としては、ライセンスに代えて一部譲渡を受けることや、ライセンス契約に譲渡禁止条項を盛り込む等の当事者間における契約による対応が考えられるところである。もっとも、著作権者等の心理的な抵抗感等により、一部譲渡を受けることや契約により対応を行なうことが困難な場合が多く存在することが確認された。また、一部譲渡による権利の細分化がどこまで認められるかについては明確ではなく、当事者の意思に反して一部譲渡ではなく利用許諾と判断されるおそれが否定できないこと、契約による対応では契約外の第三者に対して法的拘束力が及ばず、契約の相手方に対する債務不履行責任の追及をすることはできても、利用の継続まで認められるものではないことから、これらの対応策を講じた場合であっても対応には限界があることが指摘された。このように現行の法制度の下では、著作物等の利用許諾に係る権利の対抗制度を創設せずとも十分に対応できる環境が整っているとは言い難い状況にある。

以上の状況を踏まえると、著作権等の譲渡等があった場合におけるライセンシーによる著作物の利用の継続について課題があり、また、一部譲渡や当事者間による対応には限界があると認められる。したがって、著作権等の譲渡等があった場合にライセンシーが著作物の利用を継続できる地位を確保するためには、譲受人の取引の安全にも考慮しつつ、著作物等の利用許諾に係る権利の対抗制度の導入について検討がされるべきであると考えられる。

3 対抗制度の導入を検討するに当たっての論点について

(1) 調査内容

ア 著作物等のライセンス契約における「第三者対抗要件」及び「契約承継」について～民法法理との整合性の観点から～

(7) 問題の所在と構造

著作物等のライセンス契約において、ライセンシーは著作権法上は禁止される著作物の利用をすることの許諾をライセンサーから得ている。すなわち、ライセンサーの主たる給付義務は、ライセンシーに許諾した利用をライセンシーが行うことを受忍し、妨げないという不作為債務の性質を有する。この、ライセンシーの利用許諾に係る権利は、債権である⁴⁵。そのため、ライセンサーがそのライセンス契約の対象となる著作権を譲渡した場合、ライセンシーがライセンサー（旧著作権者）に対して有する債権を譲受人（新著作権者）に対抗することができるか否かが問題となる。これを、以下、(イ)で検討する。

さらに、ライセンシーが利用許諾に係る権利を第三者に「対抗」することができるとしても、そのことは、新著作権者からの著作権侵害の主張等に対して、自己の契約上の権利の存在を抗弁として用いることができるにとどまる。そのため、著作物を利用すること以外のライセンス契約上の権利義務関係が、譲渡人から譲受人に承継され、譲受人（新著作権者）とライセンシーの間にライセンス契約関係が生ずるのか否かについても検討しなければならない。これを、以下、(ウ)で検討する。

この問題状況について直接的な規定は民法にないため⁴⁶、以下、民法の原則が適用になった場合について検討する。その際、参考になるのが不動産賃貸借契約において目的物が譲渡された場合に関する規律である。

しかしながら、不動産賃貸借契約とライセンス契約には、前者が有体物、後者が無体物を対象とした契約であることから生ずる重要な違いもある。ひとつの目的物について賃貸借契約が多重的に締結されている場合（二重賃貸借）、賃貸人は必然的に一人の賃借人以外の賃借人との関係では債務不履行に陥る。これに対して、ライセンス契約においては、ライセンサーは多重的にライセンス契約を締結しても、複数のライセンシーが、対象となる著作物を同時に利用することができるから、ライセンサーの債務不履行にはならない。（ただし、独占ライセンス契約を締結しながら、他のライセンス契約を締結することは独占条項の違反にあたる。この点で、独占ライセンス契約は賃貸借契約に接近するといえる。逆にいえば、賃借権は、必然的に利用権と独占権が組み合わさったものであるといえる。）

【「対抗」と「契約承継」（契約上の地位の移転）の区別】

なお、ここで「対抗」の問題と「契約承継」（契約上の地位の移転）の問題の切り分けについても確認しておきたい。

平成 29 年改正前の民法 605 条は、不動産賃借権の登記がなされたときは「物権を取得した者に対しても、その効力を生ずる」としていた。この「効力を生ずる」という文言から、従来の不動産賃貸借に関する議論は、賃借権を「対抗」することができるということに、契約上の地位が当然に「承継」されることを含めて議論されることが多かった⁴⁷（非承継説に立つ少数学説は、「効力を生ずる」との文言にかかわらず、対抗とは譲受人からの明渡請求に対して賃借人に抗弁があることを指すにとどまるとして、「対抗」と「契約承継」を区別していた）。

これに対して、改正民法 605 条は、その文言を「物権を取得した者その他の第三者に対抗するこ

⁴⁵ 田村善之『著作権法概説（第2版）』（有斐閣、2001年）479頁、中山信弘『著作権法（第2版）』（有斐閣、2014年）425頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門（第2版）』（有斐閣、2016年）238頁〔横山〕など参照。

⁴⁶ ライセンス契約は、非典型契約である。平成 29 年民法改正にいたる過程では、法制審議会民法（債権関係）部会が、ライセンス契約についての規定を設け、賃貸人の地位の当然承継を定める規定等を除いて、賃貸借契約の規定を準用する試案を示したこともあったが（「民法（債権関係）改正に関する中間試案」第 38、15(2)）、改正民法には採用されなかった。債権法改正におけるライセンス契約の取り扱いについては、伊藤栄寿「ライセンス契約と民法——民法におけるライセンス契約の位置づけと課題」特許研究 64 号（2017 年）34 頁以下参照。

⁴⁷ 鎌田薫「当然対抗制度と民法理論」日本工業所有権学会年報 35 号（2011 年）107 頁は、改正前民法 605 条が「効力を生ずる」の文言を用いていたのは、目的不動産の譲受人と賃借人との間に法律上当然に賃貸借の効力が生ずるものとするため（つまり、契約上の地位が移転するものとするため）であるとする。

とができる」としたうえで、同 605 条の 2 において「契約上の地位の移転」について区別して規定しており、両者は切り分けられる問題であることを明確化した⁴⁸。すなわち、「対抗」は譲受人からの所有権侵害の主張に対する抗弁の問題とし、契約上の権利義務の承継については「契約上の地位の移転」の問題とするアプローチである。

「対抗」と「契約上の地位の移転」を区別しない場合には、対抗力ある債権の原因契約については当然承継が生じることになる。これに対して、両者を区別する場合には承継説にも非承継説にも結びつきうる。特許ライセンスに関する議論では、「対抗」と「契約上の地位の移転」を区別することが多いが、それは非承継説を支持する見解が有力であること（エ(イ)〔奥邨委員〕参照）とも関係するものと思われる。

(イ) 債権である利用許諾に係る権利の「第三者対抗」について

a 民法上の整理

(a) 原則

民法の原則にしたがえば、債権は特定人の特定人に対する給付請求権であるから、ライセンシーはライセンサー以外の者に対して、債権である利用許諾に係る権利を主張することはできない。賃貸借契約においては、賃借人は債権である賃借権を、賃貸借契約の相手方である賃貸人（及びその包括承継人）に対してしか行使することができない。そのため、賃貸人が目的物を譲渡すると、賃借人は譲受人（新所有者）に対して賃借権を行使することができない。これは、一般に「売買は賃貸借を破る」として知られる原則である。

(b) 例外

もっとも、特に不動産賃貸借においては、この原則をそのまま適用したのでは、賃借人の地位が脆弱なものとなることから、賃借人がその賃借権（債権）を第三者に対抗することができるための対抗要件の制度を設けて、賃借人の保護をはかっている。そこでは、賃借人の居住利益の保護や（特に建物所有目的の土地賃貸借における）投下資本を回収する利益の保護が想定されている。

そのような対抗要件制度として、民法は、不動産の賃借権は登記をすることによって第三者に対抗することができるとしている（民法 605 条）⁴⁹。これは、賃借人の保護（居住利益、投下資本回収など）のために政策的に設けられた制度である。しかし、権利の登記は共同申請主義によるところ（不動産登記法 60 条）、賃貸人には、特約のない限り登記に協力する義務はないとするのが確立した判例であり⁵⁰、現実には賃借権登記はほとんど用いられていないとされる。そのため、特別法によって、賃借人が賃貸人に登記の協力を求めることなく対抗要件を備えることができる手当もなされている。具体的には、借地借家法 10 条（借地契約における借地上建物の登記）・31 条（借家契約における建物の引渡し）、農地法 16 条（農地・採草放牧地の賃貸借における引渡し）がそれにあたる。

しかし、動産賃貸借についてはそのような制度は存在しないことから分かるとおり、これらは賃貸借契約に本質的な制度ではなくて、政策的に民法の原則が修正されている例である。

また、無償契約である使用貸借契約については、目的物が不動産であっても、目的物が譲渡された場合の借主保護のための制度は設けられていない。これは、賃料支払義務を負わない借主を保護することまでは必要と考えられていないことを示すものといえる。このことは、無償のライセンス契約におけるライセンシー保護についても、その要請が小さいことを示唆しうる。しかし、使用貸借において借主の権利を目的物の譲受人に対抗できないことには、使用貸借が緊密な人的関係（親族間、友人間など）のなかで行われるものであるという現実の利用実態にもかかわっていると思われる、不動産の賃貸借と使用貸借の差異化についての政策判断を、単純にライセンス契約の場合に移

⁴⁸ 法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する中間試案補足説明」（平成 25 年）451 頁参照。

⁴⁹ 平成 29 年改正後の民法 605 条は、賃借権登記を備えた賃借人は「物権を取得した者」に対してだけでなく、「物権を取得した者その他の第三者」に対しても、賃借権を対抗できるとされた。ここでいうその他の第三者とは、二重の賃借人や差押債権者をさす。潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（きんざい、2017 年）294 頁。

⁵⁰ 大判大正 10 年 7 月 11 日民録 27 輯 1378 頁。賃借権は債権であるから第三者対抗力を備えさせることは当然には賃貸人の債務内容にならないことを理由とする。これに対して、物権である「地上権」については、地上権設定者に登記協力義務があるとされる。大判明治 39 年 2 月 7 日民録 12 輯 180 頁。

行することはできないように思われる。

(c) 特許の「実施権」

なお、特許権については、ライセンシーの第三者対抗要件制度が設けられている。ライセンシー（実施権者）の債権である「通常実施権」については、特許法の平成 23 年改正によって「当然対抗」制度（特許法 99 条）が導入され、通常実施権は第三者に対しても当然に「その効力を有する」とされる。これは通常実施権が有償の場合に限定されず、無償の通常実施権も対象とされる。

「専用実施権」については、それが物権的権利として構成されていることから、著作権のライセンシーの債権的な利用権と同列には論じることはできないが、登録が効力要件であると同時に、第三者対抗要件とされる（特許法 98 条 1 項 2 号・77 条 2 項）。

これらの詳細については、エ〔奥郵委員〕参照。

(d) 対抗要件の各種

民法及びその特別法上、対抗要件は公示されることが原則的な形態であるといえる。そのような対抗要件として、次のものがある。

①「登記」：不動産物権変動（民法 177 条）、不動産先取特権（民法 337 条～340 条—効力要件でもある）、抵当権（民法 373 条）、不動産賃借権（民法 605 条）、動産・債権譲渡（動産債権譲渡特例法）、借地上建物（借地借家法 10 条）など。

②「引渡し（現実の占有）」：動産物権変動（民法 178 条）〔現実の引渡し・簡易の引渡し〕、留置権（民法 295 条 1 項—効力要件でもある）、質権（民法 344 条・348 条—効力要件でもある）、借家権（借地借家法 31 条）、農地賃貸借（農地法 16 条）など。

③「インフォメーションセンターとしての債務者又は直接占有者」：債権譲渡（民法 467 条 1 項・2 項）、債権質（民法 364 条）、動産についての指図による占有移転（民法 178 条）。

他方で、公示されない対抗要件もある。そのような対抗要件として、次のものがあげられよう。

④「引渡し（間接占有）」：動産についての占有改定（民法 178 条）。

⑤「当然対抗」：法定担保物権である一般先取特権、動産先取特権、共有物についての債権（民法 254 条）、法定代位による債権移転（民法 499 条 2 項・改正民法 500 条の反対解釈）。

このように、既存法体系において公示されない対抗要件もあり、当然対抗制度とさえ評価しうるものもあるのであって、「公示なしの第三者対抗は認められないという原則が絶対・普遍のものではないということは明らか」⁵¹である。それぞれの権利やその変動について、何を対抗要件とするかは、それぞれの権利やその変動ごとに、制度の費用、権利者の（態様に応じた）保護の必要性、第三者の（態様に応じた）保護の必要性を総合的に判断して決定されているといえる。したがって、ライセンシーの利用許諾に係る権利についてもライセンス契約に即した柔軟な制度設計が許容されるといえる。

b ライセンス契約への応用

(a) 基本的な視点

以上の検討をふまえると、債権である利用許諾に係る権利を第三者に対抗することができるとする制度を設ける場合に留意しなければならない点がいくつかある。

第 1 に、債権である利用許諾に係る権利が第三者に対抗することができることは、民法の「原則」とは相容れない。したがって、その原則を修正するには正当な政策的理由が必要とされる。そのうえで、ライセンシーを保護する政策的要請と、ライセンシーから対抗を受けることとなる譲受人（新著作権者）の利益との調整を考えなければならない。

第 2 に、債権の第三者対抗制度を設けている不動産賃貸借契約の議論を、ライセンス契約にあてはめるにあたっては、契約の対象となっている権利が有体物であるか無体物であるかという性質の違いに留意しなければならない。すなわち、賃貸借においては賃借人が目的物を独占的に利用する権利の対抗が問題となるのに対して、ライセンス契約においてはライセンシーの著作物を利用する権利は独占的なものではない。これは、利用許諾に係る権利に対抗力を認めた場合に、賃貸人が受ける不利益とライセンサーが受ける不利益は大きく異なることを意味する。

⁵¹ 鎌田・前掲（注 47）111 頁。

第3に、第2と関連して、第三者対抗制度を設計するにあたっては、民法やその特別法に規定されている既存の第三者対抗要件制度のなかから選択する必要はない。民法の定める対抗要件は、いずれも「独占性」のある権利（特定の有体物に関する権利、作為を求める債権）についてのものであるのに対して、ライセンシーの利用許諾に係る権利は、本質的には「独占性」がない（＝複数のライセンシーが同時に存在しうる）からである。

第4に、ライセンスが有償であるか無償であるかの区別によって第三者対抗力に差を設けることの適否も検討しなければならない。

以下、有償のライセンスにおける第三者対抗制度について、非独占ライセンス（(b)）と独占ライセンス（(c)）を分けて検討したうえで、無償のライセンスにおける第三者対抗について検討する（(d)）。

(b) 非独占ライセンスへの応用

i 非独占ライセンシーに対抗を認めることの政策的必要性

非独占ライセンスは、著作権者が重疊的に締結しても債務不履行とならないものであって（それが非独占たる所以でもある）、ひとつの著作権について複数のライセンシーが併存し、複数のライセンシーが同一内容の給付を受けることができるものである。このような非独占ライセンス契約では、無体物のライセンス契約の特徴が最も顕著にあらわれているといえる（これに対して、独占ライセンスには、この性質がない）。

このような非独占ライセンス契約の特徴をふまれば、譲受人（新著作権者）は独自に同一内容の複数のライセンス契約を締結することができるのであるから、譲受人（新著作権者）が既存ライセンシーの存在について善意であったとしても、譲受人（新著作権者）に対する既存ライセンシーの対抗を否定して、譲受人を保護すべき要請は大きくない。他方で、既存ライセンシーは、その権利を譲受人に対抗できないとすれば、ライセンス契約を基礎として築いた事業・生活について不利益を受けることにもなりうる（しかも、現行法においては、他に対抗力を備える方法も用意されていない）。

以上からすれば、政策的に、非独占ライセンスのライセンシーが譲受人に対抗することのできる制度を設けることが望ましいといえる。

なお、ライセンシーを「保護」する方法としては、譲受人（新著作権者）に対する対抗を否定して、ライセンサーがライセンシーによる利用をできなくしたことを債務不履行としてとらえ、ライセンサーの損害賠償責任（民法415条）を追及する方法（ライアビリティ・ルールによる保護）も考え得る。その場合には、ライセンサーの無資力リスクをライセンシーが負担することとなる。しかし、無資力リスクを負担すべきなのは誰かという観点からは、ライセンシーの利用許諾に係る権利の対抗を肯定したうえで（これはプロパティ・ルールによる保護といえる）、対抗力のある利用許諾に係る権利の付着した著作権を譲渡したことを譲渡人による譲渡契約の債務不履行として、譲受人が譲渡人に損害賠償請求をする方法の方が望ましい。ライセンシーは、ライセンサーの無資力リスクをコントロールできないし、ライセンス契約に対抗不能のリスクを適切に内部化しにくいものに対して、譲受人は善意であっても、譲渡契約締結時に（デュー・ディリジェンス等によって）、これらのリスクを内部化することができるからである。

ii 対抗制度の在り方

その対抗制度の在り方として、善意の譲受人に対しても対抗することのできる「当然対抗」の制度——著作権者からの著作権侵害の主張に対して利用許諾に係る権利の存在を抗弁とすることのできる制度——が望ましいといえる⁵²。その際、ライセンシーが対抗できる譲受人を「悪意」や「善意有過失」の者に限る必要はなく、善意無過失の譲受人に対しても対抗できるとして差し支えないように思われる。譲受人は、仮に善意無過失であったとしても、重疊的なライセンスの付与が可能であるから大きな不利益はなく、ライセンシーは対抗できないことによる大きな不利益を回避することができるからである。

その他の考えうる対抗制度としては、①登録を対抗要件とする制度、②利用を行っていることを

⁵² 同旨として、曾野裕夫「著作権ライセンス契約におけるライセンシーの地位の保護のありかた」知的財産法政策学研究 9号（2005年）135頁以下。

対抗要件とする制度、③書面を対抗要件とする制度などを考えることができるが⁵³、それぞれ、以下のとおりライセンサーの過剰保護、ライセンシーの過少保護になるという問題点があるように思われる。

①登録を対抗要件とする制度⁵⁴の問題点

非独占ライセンスにおいて「公示」は不要であるのに、登録を対抗要件とすることは無駄なコスト（登録制度の運営費用、登録費用等）を生じさせるという欠点があるほか、登録制度を遡及的に適用することとした場合には、膨大な点検作業が必要となり、対応しきれないと思われる。また、著作権自体は登録なしで保護されるにもかかわらず、そのライセンス契約上の権利は登録がなければ保護されないということも不均衡であろう。

また、登録制度を創設するとすれば、著作権自体の登録がないために、ライセンス契約の対象である著作権を特定することが困難であるという問題もある⁵⁵。

さらに、プログラム著作物の創作年月日登録（著作権法 76 条の 2）、著作権譲渡の登録（著作権法 77 条）、出版権の登録（著作権法 88 条）なども利用度は低いことや⁵⁶、平成 23 年特許法改正前の通常実施権の登録数は少ない⁵⁷という経験からすれば、著作権ライセンスについても登録制度は活用されないことが見込まれ、実効性がないことが予想される。すなわち、通常実施権の登録数が少ない理由としては、(i)登録手続の煩雑さと費用、(ii)ライセンスを秘匿できないこと、(iii)クロス・ライセンスや将来特許の実施許諾の登録ができないこと、(iv)登録は共同申請主義（特許登録令 18 条）によるところ特許権者に登録協力義務がないこと⁵⁸などがあげられるところ、(i)と(iv)は、著作権ライセンスについてもあてはまる。なお、(iv)については、ライセンサーに登録協力義務を課すとすれば、不動産賃貸人に賃借権の登記協力義務がないとされていること⁵⁹とのバランスがとれなくなる。かといって、ライセンシーが単独で登録をすることができるとすることも、権利の登記には共同申請主義が採用されていること（不動産登記法 60 条、動産債権譲渡特例法 7 条 2 項・8 条 2 項等）とバランスがとれない。

②許諾された利用を行っていることを対抗要件とする制度の問題点

これは、ライセンス契約の存在だけで当然対抗できるというのではなく、許諾された利用を現実に行っていることを対抗要件とする制度である⁶⁰。その趣旨としては、外形的に利用されている事実に公示機能を期待するということ、または、利用をしていないライセンシーは保護に値しないという「権利保護資格」要件に類した判断があるものと思われる。しかし、著作物の利用方法としては、著作物を事業に利用をしているように外形的に利用が明らかな場合ばかりとはかぎらないほか、未利用の場合であっても将来の利用のためにライセンス契約を締結したライセンシーが保護に値しないとはいえないように思われる。

③書面（契約書）を対抗要件とする制度の問題点

これは書面の存在によって「紛争予防」及び「権利保護資格」の付与を図る制度といえよう。しかし、契約書の作成による紛争予防は、契約当事者間の紛争予防には役立つとしても、著作権譲渡を受けようとする者にとっては、ライセンス契約書の存在は外形的に明らかでないから紛争予防には役立たないほか、特に事業用のライセンスでない場合は契約書の紛失等の実際上の不都合も生じられると思われる。

以上をふまえば、（特許権の通常実施権の対抗制度と同様に）著作権ライセンシーは、一般の

⁵³ 島並良「著作権ライセンシーの法的地位」コピライト 569 号（2008 年）7-9 頁。

⁵⁴ 島並・前掲（注 53）7-9 頁が提唱する制度である（ただし、平成 23 年特許法改正による当然対抗制度導入前の文献）。

⁵⁵ 登録制度を設ける場合の特定方法についての案として「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成 19 年度中間まとめ」（平成 19 年 10 月 12 日）67 頁参照。

⁵⁶ やや古いデータであるが、財団法人ソフトウェア情報センター編『コンピューター・ソフトウェアのライセンス契約の保護に関する調査研究報告書』（ソフトウェア情報センター、2005）74 頁（別添資料 3）、文化審議会著作権分科会報告書（平成 16 年 1 月）38 頁。

⁵⁷ 産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会報告書「特許制度に関する法制的な課題について」（平成 23 年 2 月）1 頁。

⁵⁸ 最判昭和 48 年 4 月 29 日民集 27 卷 3 号 580 頁。

⁵⁹ 大判大正 10 年 7 月 11 日民録 27 輯 1378 頁。

⁶⁰ 松田俊治「著作権ライセンス取引（利用許諾）を巡る法的諸問題」コピライト 576 号（2009）16-18 頁も、「市場において外部から客観的にわかる形で、公然と許諾の対象となっている著作物をライセンシーが利用しているような場合」に対抗力を認める制度を提言する。

証拠方法によってライセンス契約の存在を証明することができれば、譲受人に対して当然に対抗することができるとする「当然対抗」を認める制度が望ましいと考えられる。

(c) 独占ライセンスへの応用

i 独占ライセンスの特殊性

以上に対して、独占ライセンス契約は、ライセンシーが著作物の利用を妨げられないという非独占ライセンス契約と同様の権利に加え、独占条項が追加されたことによって、ライセンサーが、ライセンシー以外の者に同一内容の利用を許諾しない義務を負う契約である⁶¹。独占ライセンス契約においては、ライセンシーは、ライセンサーに対して、第三者に同一内容の利用許諾をしないことを求める債権を有しており、ライセンサーが義務に違反して第三者に同一内容の利用許諾をした場合には、その債務不履行責任を追及することができる。（なお、ライセンサー（著作権者）自身の利用も禁止されるかどうかは、契約の趣旨による。以下では、ライセンサー（著作権者）の利用も禁止される場合を「完全独占ライセンス」、ライセンサーの利用は禁止されない場合を「不完全独占ライセンス」としよう。）

そのため、独占ライセンスの対象となっている著作権が譲渡された場合においては、ライセンシーは、譲受人（新著作権者）に対して、単に、自己の利用を妨げないことを求める権利を有するにとどまらず、第三者に同一内容の利用許諾をしないことを求めること（履行請求）、及び、譲受人（新著作権者）が第三者に同一内容の利用許諾をした場合に債務不履行責任を追及することができるかが問題となる。（なお、独占ライセンスのライセンシーが、その著作物を利用する第三者に対して差止請求をすることができるかどうかとも問題となる。この問題については、本報告書第3参照。）

【「対抗」問題なのか、「契約承継」の問題なのか】

ところで、この問題を、譲受人に対する「対抗」の問題として位置づけるのか、譲受人の「契約承継」の問題として位置づけるのかは、難問である。

これを「契約承継」の問題とするアプローチは、「対抗」することができるとは、ライセンシーが自己の利用が妨げられないことの抗弁ができることのみを意味するとするものである。この考え方によれば、ライセンシーの利用が妨げられないこと以外の約定は、すべて契約承継の問題として扱うことになって、法律構成が明瞭・簡便であるという利点がある。

しかし、(ウ)bで後述するように)著作権譲渡に伴う「契約承継」を否定する場合には、このアプローチでは、著作権が譲渡された場合に独占ライセンシーは独占条項の利益を喪失することになるから、独占ライセンシーの保護としては不十分となることが懸念される。

これに対して、これを「対抗」の問題とするアプローチは、「対抗」には、①ライセンシーが自己の利用が妨げられないことを抗弁できるとにとどまらず、②独占的な利用を求めることができることまで含む、とする考え方である。これは、不動産賃貸借における賃借権の「対抗」には、①②の両者が含まれていることから導かれる考え方であり、対抗制度の趣旨を貫徹させるためには、②を「対抗」の内容から切り離すことはできないとする考え方である。この考え方によれば、著作権譲渡に伴う契約承継を否定しても、独占ライセンシーの独占条項の利益の保護を図ることができるから、独占性の保護を確実化することができるという利点がある。

しかし、この考え方には、次のような問題点があるように思われる。第1に、有体物についての対抗制度の貫徹の考え方を、無体物にあてはめることの不合理性を指摘できる。有体物の場合には、目的物を第三者と同時に利用することができない以上、①と②が必然的に結合し、①が「対抗」の問題である以上、②も「対抗」の問題であるといいうる。これに対して、無体物の場合には、第三者との同時利用ができるので、①を認めても、必然的に②が認められることにはならないはずである。

第2に、ライセンス契約における多様な契約条項のうち、「独占条項」についてのみ譲受人に対する「対抗」の問題とし、他は「契約承継」の問題とすることは、一貫性に欠けるようにも思われる。

このように、どちらの考え方にもそれぞれ問題点はある。そうすると、結局、独占ライセンシー

⁶¹ 島並＝上野＝横山・前掲（注45）239頁〔横山〕など参照。

の権利保護を政策的に重視すべきと考えるか（その場合には対抗問題アプローチとなろう）、「対抗」の問題はライセンシーが自己の利用を妨げられないための抗弁に純化すべきと考えるか（その場合には独占条項についての契約承継アプローチとなろう）の決断の問題となろう。

以下 ii では、対抗問題として処理した場合について検討する。契約承継の問題とする場合には、契約承継に関する(ウ)の一般論が当てはまる。

ii 「対抗」問題とする場合の対抗要件の在り方

独占ライセンス契約における「独占条項」を譲受人に対抗することができるとする場合には、譲受人（新著作権者）はその著作物について重疊的にライセンスを付与することができないし、完全独占ライセンスであれば自己利用もできない。そのため、非独占ライセンスについて検討したような善意の譲受人にも当然に対抗できるとする「当然対抗」の制度では、譲受人が受ける不利益が大きくなって不適切であるように思われる⁶²。（なお、ここで問題としているのは、独占条項の対抗についてのみであって、ライセンシーが利用することを妨げられない利用許諾に係る権利の対抗（抗弁）については、非独占ライセンスの場合と同様に考えてよいであろう）。

「当然対抗」以外の考えうる対抗要件制度としては、非独占ライセンスについてみたように、①登録を対抗要件とする制度、②許諾された利用を行っていることを対抗要件とする制度、③契約書を対抗要件とする制度に加え、④悪意者にのみ対抗することができるという制度がありうる。しかし、②と③については、公示が欠けるために善意の譲受人に対しても独占性が対抗できてしまうという問題があり、善意者を保護するための対抗要件制度としては不適切である。

そこで、善意者保護のための対抗要件制度として考えうるのは、①（登録）と④（悪意者対抗制度）である。ただ、①については、非独占ライセンスの場合についてみたように登録制度が利用されない懸念と、制度構築・運用のコストにかんがみれば、費用対効果の点で問題がある可能性がある。

④は、著作権譲渡契約締結時に、譲受人が独占ライセンシーの存在について悪意の場合には、独占条項を対抗できるとしても、譲受人による利用が制限されるというその結果は、譲渡契約の対価に織り込み済みであるから、譲渡契約締結時に「悪意」の譲受人に対しては、独占条項を対抗することができるという考え方である。もっとも、④による場合には、ライセンシーは譲受人の悪意を証明する必要があることとなるが、その証明の困難を緩和するためには、善意でも「重過失」の譲受人には対抗することができることも検討すべきように思われる。さらに、著作権譲渡契約の締結にあたって、譲受人となる当事者がライセンス契約の存在の事前調査（デュー・ディリジェンス）を行うことが合理的な取引実務であるとすれば、合理的なデュー・ディリジェンスによって知ることのできた独占条項については、善意の譲受人にも対抗できるとすること、すなわち、独占条項を対抗できる譲受人の範囲を善意・有過失の譲受人にまで広げることも検討の余地がありそうである。

(d) 無償ライセンスの取り扱い

さて、民法において、不動産賃貸借（有償契約）について政策的に賃借権に対抗力を付与する制度が設けられているのに対して、使用貸借（無償契約）についてはそのような制度がないこととの対比でいえば、ライセンス契約も無償のものについては、ライセンシーの利用許諾に係る権利は対抗することができないとすることも考えられる。賃貸借と使用貸借における借主の保護の区別は、有償の場合には利用の対価を支払っているのに対して、無償の場合にはそれを支払っていないため

⁶² 仮に、善意の譲受人も独占条項の対抗を当然に受けるとした場合（プロパティールールによる独占ライセンシー保護）には、譲渡契約の趣旨にもよるが、譲受人は、「独占条項」の付着したライセンス契約が存在したことが債務不履行にあたるとして、譲渡人に対して損害賠償を請求すること（ライアビリティ・ルールによる譲受人保護）ができよう（民法415条）。この場合、譲受人が譲渡人の無資力リスクを負うことになるのは、たしかに非独占ライセンスにおける利用許諾に係る権利の当然対抗を認めた場合と同様である。しかし、非独占ライセンスにおいては、利用許諾に係る権利の対抗を認めても、譲受人は重疊的なライセンス契約の締結や自己利用をすることができるため、そもそも譲受人の受ける不利益（損害）が大きくないことが想定できるのに対して、独占条項の対抗を認めた場合には、譲受人は重疊的なライセンス契約の締結をすることができず、完全独占ライセンスにおいては自己利用さえ認められない。このように、利益状況は大きく異なるため、両者を同列に論ずることはできない。独占条項については、善意譲受人を譲渡人に対する損害賠償請求で保護する（ライアビリティ・ルールによる譲受人保護）のでは不十分で、独占条項は善意譲受人には対抗できないとすべきであろう（プロパティールールによる譲受人保護）。

に保護の要請が後退することに加え（民法では一般的に無償契約の法的保護は後退している。例えば、贈与・使用貸借・寄託は、書面によらない場合には履行が終わる前又は目的物の受取り前の解除が認められている。改正民法 550 条、593 条の 2、657 条の 2。）、使用貸借は緊密な人的関係を基礎とすることが多いために、借主とそのような人的関係にない譲受人に対してその権利を主張することが不適切だと考えられるからであろう。

【非独占ライセンスの場合】

しかし、非独占ライセンス契約については、このような区別をすることは適切でないことが多いように思われる。使用貸借が当事者間の緊密な人的関係に基づく情誼的なものであることが一般的であるのと対照的に、フリーソフトウェア、オープンライセンス等の無償のライセンスについては、そのような人的関係が重視されているものとはいえないからである。また、ライセンシーが譲受人に対抗することができないとする場合にライセンシーが受ける不利益は、契約が有償であるか無償であるかによって異ならない。また、譲受人（新著作権者）も重疊的にライセンス契約（有償のものを含む）を締結することができるために大きな不利益はないことも、契約が有償であるか無償であるかによって異なるところもない。このことは、特許の通常実施権の当然対抗について、有償・無償の区別がされていないことも整合するように思われる。

【独占ライセンスの場合】

これに対して、独占ライセンスが無償である場合については、ライセンシーは自己に利用許諾に係る権利があることは対抗することができる（抗弁できる）としても、「独占性」の対抗については認めない（有償の場合に限定する）ことも考えられる。（その場合、自己の利用自体は対抗できる点は、使用貸借における借主の地位とは異なるが、これは有体物を目的とする使用貸借においては自己の利用を対抗するとしては、必然的に「独占的」な利用を認めることになるという、有体物と無体物の性質から生ずる違いである。）。

しかし、使用貸借における使用借権について第三者対抗制度が設けられていないことの根拠のひとつが、使用貸借が緊密な人的関係を基礎とするものであることにあるとすれば、そのような事情のない独占ライセンスについて対抗要件制度を否定する必要はない。また、ライセンスが有償であるか無償であるかによって、譲受人の利益状況には違いが生じるわけでもない⁶³。さらに、ここで問題としているのは独占ライセンシーの「利用許諾に係る権利」の対抗ではなく、「独占条項」の対抗であることからすれば、有償・無償の判断は「独占ライセンス」全体についてではなく、「独占条項」自体についてしなければならないと思われる。しかし、この判断は困難であることが予想される。

(ウ) 「契約承継」（契約上の地位の移転）について

a 民法上の整理

(a) 原則

「契約上の地位の移転」（以下、「契約承継」）には、譲渡人となる契約当事者の一方と、譲受人となる第三者の間で、契約上の地位を譲渡する旨の合意がなされることに加え、契約の相手方の承諾を必要とするのが、民法の原則である（従来の判例法理⁶⁴を明文化した改正民法 539 条の 2）⁶⁵。そして、契約承継が生じれば、譲渡人は契約関係から離脱して、譲受人と交替することになる（免責的承継）。相手方の承諾が要件とされているのは、契約承継によって譲渡人が免責されるこ

⁶³ (ウ)c で後述するように) 契約承継を否定して、譲渡人（旧著作権者）とライセンシーの間にライセンス契約が存続するとした場合において、有償ライセンスのライセンス料支払義務が存続しているときは、譲受人は譲渡人に対してライセンス料相当額の不当利得返還請求をすることができる。無償ライセンスについても、譲受人は譲渡人に対して「収取を怠った果実の代価」（民法 190 条 1 項）の償還を請求することができるものと思われる。

⁶⁴ 最判昭和 30 年 9 月 29 日民集 9 卷 10 号 1472 頁。

⁶⁵ このような「合意による契約上の地位の移転」とは別の類型として、契約相手方の承諾を要しない「特定財産の承継に伴う契約上の地位の移転」（不動産賃貸借の目的物の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転）を承認すべきとする学説も存在する。野澤正充『契約譲渡の研究』（弘文堂、2002 年）参照。この考え方は、改正民法には採用されなかったが、その理由のひとつとして、ライセンス契約の目的となる知的財産権の譲渡にともなって、ライセンシーの承諾なく免責的な地位の移転を認めることについて議論が固まっていなかったことが意識されていたものと思われる。民法（債権法）改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅲ』（商事法務、2009 年）333 頁参照。なお、「中間試案補足説明」（前掲注 48）273 頁も参照。

とから、契約の相手方の利益を保護する必要があるためである。

(b) 例外

他方、この原則に対する例外として、譲渡人の免責を伴う契約承継によって契約の相手方に不利益が生じない場合には、相手方の承諾は不要であると解されてきた。改正民法 539 条の 2 は、この点を明示していないが、これは、相手方の承諾が不要となる場合があることを否定する趣旨ではなく、解釈にゆだねられたものとされている⁶⁶。

もっとも、不動産賃貸借における目的物の譲渡については、賃貸人の交替によって相手方（賃借人）が不利益を受けることはカテゴリーカルにないといえることから、従来から、賃借人が対抗要件を備えていれば、特段の事情のないかぎり、目的物の譲渡によって当然に賃貸人の地位が譲受人に承継されることが判例において確立し⁶⁷、学説において異論のないところであった⁶⁸。これを受けて、平成 29 年民法改正では、①賃借人が対抗要件を備えている場合において、目的物たる不動産が譲渡されたときは、その不動産の賃貸人の地位は譲受人に移転するという当然承継ルールを採用し（改正民法 605 条の 2 第 1 項）⁶⁹、②賃借人が対抗要件を備えていない場合であっても、譲渡当事者間の合意によって、賃借人の承諾を要することなく、賃貸人の地位を移転することができるとした（改正民法 605 条の 3）。改正民法 605 条の 2 第 1 項において譲渡当事者間の合意が不要とされるのは、（α）目的物の所有者と賃貸人が分離することによって法律関係が複雑化することを避けるためであり、また、605 条の 2 第 1 項及び 605 条の 3 において賃借人の承諾が不要とされるのは、（β）賃貸人の債務（使用収益させる債務）は誰でも履行することのできる定型的なものであって、賃借人にとって賃貸人の交替は不利益を生じさせないためであるとされる。

このうち、（α）の要請が強固なものであることは、賃貸人の地位を譲渡人に留保する旨の合意が制限されていることからうかがえる。すなわち、平成 29 年改正前から判例は、不動産譲渡当事者間で賃貸人の地位を譲渡人に留保しただけでは、その留保の効力は認められないとしていたが⁷⁰、改正民法 605 条の 2 第 2 項前段は、不動産譲渡当事者間で、「賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨の合意」と「その不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意」の 2 つの合意がある場合にのみ賃貸人の地位は譲渡人に留保されると定め、賃貸人たる地位の留保の条件を明文化した。これは、譲受人と譲渡人の間に原賃貸借があるものとして、転貸借関係を創出し、譲受人が権原をもって賃貸（転貸）している状況をつくりだすものである⁷¹。

b ライセンス契約への応用

以上を踏まえて、ライセンス契約の目的となっている著作権が譲渡された場合に、ライセンシーが譲受人に対してその地位を対抗できるととどまらず、さらに、譲受人がライセンス契約上の地位を承継するかを検討する⁷²。

⁶⁶ 「中間試案補足説明」（前掲注 48）272 頁。

⁶⁷ 大判大正 10 年 5 月 30 日民録 27 輯 1013 頁、最判昭和 46 年 4 月 23 日民集 25 巻 3 号 388 頁。

⁶⁸ このことは、学説上、賃貸借関係が所有権に結合していると考える「状態債務論」などによって正当化されてきた。我妻栄『債権各論中巻一（民法講義 V₂）』（岩波書店、1957 年）420 頁など。議論状況について、松尾弘「不動産流動化の要請と賃貸人の地位」松尾弘＝山野日章夫編『不動産賃貸借の課題と展望』（商事法務、2012 年）410 頁以下など参照。

⁶⁹ この契約上の地位の免責的移転を賃借人に対抗するためには、所有権譲渡について対抗要件（登記）を備えなければならないとされる（改正民法 605 条の 2 第 3 項）。これも判例法理（最判昭和 49 年 3 月 19 日民集 28 巻 2 号 325 頁）を明文化したものである。また、敷金契約も譲受人に当然承継される（改正民法 605 条の 2 項）。これも、敷金契約は従たる契約として譲受人に移転するとしていた判例法理（最判昭和 44 年 7 月 17 日民集 23 巻 8 号 1610 頁）を、一部修正のうえ明文化したものである。

⁷⁰ 最判平成 11 年 3 月 25 日判時 1674 号 61 頁。

⁷¹ 最判平成 11 年 3 月 25 日判時 1674 号 61 頁は、新旧所有者間で賃貸人の地位を旧所有者に留保する合意をしても、そのことをもって直ちに、当然承継を生じさせない特段の事情があるものとはいえないとするにあたって、その理由として、留保の合意を認めると「賃借人は、…旧所有者がその責めに帰すべき事由によって右建物を使用管理する等の権原を失い、右建物を賃借人に賃貸することができなくなった場合には、その地位を失うに至ることもあり得るなど、不測の損害を被るおそれがある」ことを挙げる。これは、留保合意によって旧所有者に賃貸権原が与えられることを前提とした考え方であり、改正民法 605 条の 2 第 2 項は、それを立法的に明確化したものと位置づけられる。大村敦志＝道垣内弘人編『解説民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、2017 年）428-429 頁〔角田美穂子〕。

⁷² なお、特許のライセンシーが新特許権者に対抗できる場合における契約承継の有無に関する議論からの示唆については、本報告書エ(イ)g〔奥邨委員〕に委ねる。また、中村恭「通常実施権の当然対抗制度における契約承継の有無」L&T63

民法の原則どおり、譲渡当事者間に、契約上の地位の移転についての合意があり、かつ、ライセンサーが承諾をすれば、契約承継が生ずることは異論がないであろう（改正民法 539 条の 2。当然承継を否定する理由が（すぐあとに述べるように）契約内容の非定型性・多様性ゆえであれば、改正民法 605 条の 3 を類推してライセンサーの承諾を要しないとすることについては慎重であるべきであろう）。

そこで、検討しなければならないのは、その例外として、不動産賃貸借にみられるように、ライセンサーの権利が対抗力を有する場合において、譲渡当事者の合意を待たずに当然に契約承継が生じるか否かである。民法の考え方をふまれば、これが認められるためには、①法律関係の複雑化（譲渡人は著作権を失っているのに、譲渡人をライセンサーとするライセンス契約が存続するという相対的な関係の発生）の回避の要請と、②ライセンサーの債務の定型性が必要となる。

たしかに、①については、民法が不動産賃貸借の当然承継を定めるにあたって、法律関係の複雑化の回避を重視していること（とりわけ、賃貸人の地位の留保を制限していること）からすれば、たとえば、ライセンサーの受忍義務とライセンサーのライセンス料支払義務（それが残存している場合）は、承継されると考えるべきようにも思われる。

しかし、他方で、②については、著作権ライセンサーの債務が多様でありうることを考えれば、一律に、ライセンサーの承諾なしに当然承継が生じるとすることには躊躇を覚える（この点のより詳細な検討は、特許権ライセンスとの比較検討を行うエ〔奥邨委員〕参照）。また、独占条項についても対抗の問題としてではなく（上述(i)b(c)参照）、契約承継の問題として扱う場合には、ライセンス契約の全部について当然承継が生じるとすれば、独占条項上の義務も譲受人に当然に承継されることとなり、譲受人が独占ライセンス契約の存在について善意であった場合には、特に不都合であると思われる（不動産賃貸借における賃借人も「独占的」に目的物を使用収益することができる点で、独占条項がある場合に類似するが、（独占的な）賃借権の対抗要件は公示を伴うものであり、譲受人が善意（少なくとも善意無過失）であるとはいえない点で違いがある）。

もちろん、ライセンス契約においても、誰が履行しても違いのない、属人性のない定型的な義務（例えば、ライセンス料支払義務）はあるので、それらについてのみ当然承継が生じ、非定型的な条項については承継が生じないという考え方（一部当然承継）もありうる。しかし、定型的な条項だからといって、当然に承継されるとするのは、独占条項上の義務も誰でも履行することができる定型的な義務であることからすれば適切な基準ではないように思われる（不動産賃貸借においては、譲受人は賃借人による独占的な利用を覚悟して譲り受けている点で異なる）。また、ライセンス契約上の多様な義務を個別に定型的なものと非定型的なものに切り分けることができたとしても、本来一体的なものであったライセンス契約が分解されて、ライセンサーは、譲渡人と譲受人のそれぞれと部分的な契約関係に立つこととなるのも複雑で混乱を招くことが予想される。したがって、定型的な義務のみ当然承継されるとする一部当然承継ルールを採用することには慎重であるべきように思われる。

なお、平成 29 年民法改正にいたる過程で、法制審議会民法（債権関係）部会の『民法（債権関係）改正に関する中間試案』（平成 25 年）では、ライセンス契約に、賃貸借契約の規定を、賃貸人の地位の当然承継等を定める規定を除いて、準用する試案が示されていた（中間試案第 38、15(2)）

号（2014 年）1 頁以下、丸山絵美子「特許権の譲渡とライセンサーの契約上の地位の移転」L&T74 号（2017 年）43 頁以下が参考になる。荒木玲子「特定の財産権の譲渡に伴う場合の契約上の地位の移転——賃貸借とライセンス契約を素材として」東京大学法科大学院ローレビュー4 号（2000 年）19 頁、石井美緒「特許権の通常実施権の当然対抗制度とライセンス契約関係の承継」法律論叢 84 巻 6 号（2012 年）345 頁、中山信弘＝小泉直樹『新・注解特許法【別冊】平成 23 年改正特許法解説』（青林書院、2012 年）84 頁以下〔松山智恵〕、岩坪哲「当然対抗の実務的観点からの諸問題」中山信弘＝齊藤博＝飯村敏明編『知的財産権：法理と提言（牧野利秋先生傘寿記念論文集）』（青林書院、2013 年）726 頁以下、松田俊治「当然対抗制度の特許権の通常実施権への導入と今後に残された問題について」中山信弘＝齊藤博＝飯村敏明編『知的財産権：法理と提言（牧野利秋先生傘寿記念論文集）』（青林書院、2013 年）749 頁以下、中山信弘＝小泉直樹『新・注解特許法（第 2 版）』（青林書院、2017 年）1606 頁以下〔林いづみ〕なども参照。

⁷³。この試案は、中間試案かぎりで消滅し⁷⁴、改正民法には採用されなかったが、この試案が当然承継ルールはライセンス契約に準用しないとしていたことは、不動産賃貸借に関する当然承継ルールが、ライセンス契約の性質に反するものとしてとらえられ、それをライセンス契約にあてはめることに對して否定的評価が示されていることの現れであるといえる。

以上からすれば、著作権譲渡に伴うライセンス契約の当然承継を認めることには慎重であるべきものと考ええる。

c 契約承継が生じない場合の法律関係について

(a) 問題の所在

ライセンス契約の客体である著作権が譲渡された場合において、当然承継によってであれ、当事者の合意によってであれ（改正民法 539 条の 2）、ライセンサーの契約上の地位が譲受人に移転するときは、譲渡人（旧著作権者）はライセンス契約から離脱し、譲受人（新著作権者）とライセンシーとの間で、ライセンス契約が存続する。

これに對して、契約上の地位が新著作権者に移転しないとするときは、譲渡人（旧著作権者）とライセンシーの間にライセンス契約が存続し、ライセンシーは依然として旧著作権者に対してライセンス料支払義務等の義務を負い、ライセンサー（旧著作権者）は依然としてライセンシーの利用を妨げない義務やその他の約定された契約上の義務を負いつづけることになる。

ここで問題となるのが、次の 2 点である。すなわち、①ライセンサーが著作権を失ったことによって、ライセンシーは利用許諾に係る権利を對抗することができるにもかかわらず、ライセンシーの利用を妨げないライセンサーの義務（不作為義務）が履行不能となり、そのことが契約の効力に影響を与えないかという点、および、②ライセンサー（旧著作権者）とライセンシーの間では契約が（ただちに）履行不能にならないとしても、ライセンサーが著作権を失ったにもかかわらず、著作権で禁止されている著作物の利用を許諾することの対価たる契約上の給付をライセンサーに帰属させうるかという点である。

(b) 民法の考え方

i 問題となる場面

上記②は、収益権を有さない者が、賃料等を得た場合における、収益権者（所有権者）と無権原者の間における清算関係の場面で生じる問題であり、不動産賃貸借においては次のような場面がそれに対応しよう。すなわち、（α）他人物賃貸借及び無断転貸借の場面と、（β）適法な転貸借⁷⁵

（民法 612 条 1 項）における原賃貸借の終了及び借地上建物の賃貸借における借地契約の終了後に、転貸人・建物賃貸人が転借人・建物賃借人から賃料（借地上建物の賃貸借においては敷地利用に對應する賃料部分）を収取する場面である。

他方、①に関しては、民法上、これと同様の問題状況が生じる場面は限られている。ここでは、新著作権者とライセンシーは契約関係にない（＝契約上の地位は移転していない）が、ライセンシー

⁷³ 次のとおり。

「第 38 賃貸借

15 賃貸借に類似する契約

(2) ライセンス契約

賃貸借の節に次のような規定を設けるものとする。

当事者の一方が自己の有する知的財産権（知的財産基本法第 2 条第 2 項参照）に係る知的財産（同条第 1 項参照）を相手方が利用することを受忍することを約し、相手方がこれに對してその利用料を支払うことを約する契約については、前記 4 (2) から (5) まで（賃貸人たる地位の移転等）その他の当該契約の性質に反する規定を除き、賃貸借の規定を準用するものとする。」

なお、債権法改正の過程におけるライセンス契約に関する議論については、伊藤・前掲（注 46）34 頁以下参照。

⁷⁴ 法制審議会民法（債権関係）部会・部会資料 69A（民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（4））65 頁参照。

⁷⁵ これには、無断転貸であっても民法 612 条 2 項による解除が「背信性の法理」によって認められない場合を含む。「背信性の法理」とは、賃貸人の承諾を得ない無断転貸借であっても、「背信的行為と認めるに足らない特段の事情」がある場合には、民法 612 条 2 項による解除は制限されるところの判例法理であるところ（最判昭和 28 年 9 月 25 日民集 7 卷 9 号 979 頁）、この法理によって解除が認められない場合には、適法な転貸借と同様の法律関係が成立するとされる（最判昭和 45 年 12 月 11 日民集 24 卷 13 号 2015 頁）。

は、利用許諾に係る権利を新著作権者に対抗することができる、という状況に対応する場面を検討しなければならない（これは、契約承継説が避けようとした「複雑な法律関係」が生じている場面を検討しなければならないということである）。それにあたるのは、上記（β）のうち、原賃貸借・敷地賃貸借の終了が「合意解除」による場合である。この場合には、原賃貸借・敷地賃貸借の当事者は、合意解除の効果を転借人・建物賃借人に対抗することができない（＝転借人・建物賃借人は自らの利用権を対抗することができる）からである⁷⁶。しかし、判例は、転貸人の地位が賃貸人に移転するか否か、建物賃借人の地位が土地所有者に移転するか否かについては明らかにしていない。この点について、学説上は、後述するように地位の移転は生じないとする見解が有力であり、これに従えば、転借人・建物賃借人は賃貸人に転借権・建物利用に必要な範囲で敷地を利用する権利⁷⁷を対抗できるが、賃貸人との間には契約関係が生じないという、①で検討すべき場面が顕現することになる⁷⁸。

以下、①について（β）、②について（α）と（β）における民法の考え方を検討する。

ii 貸主に権原のない賃貸借契約等の効力⁷⁹

ここでは、適法転貸借における原賃貸借が合意解除された場合、および、借地上建物の賃貸借における敷地賃貸借が合意解除された場合に、転借人・建物賃借人の地位について検討する。

適法な転貸借契約が締結された後に、原賃貸借が合意解除された場合、原賃貸借の当事者は、原賃貸借を合意解除したことを転借人に対抗することはできない（改正民法 613 条 3 項本文）⁸⁰。すなわち、転借人は賃貸人に対して自らの使用収益する権利を対抗することができる。これは、賃貸人は転貸借を承諾しておきながら、また、賃借人は転貸借を締結しておきながら、それを恣意的に解除して、転借人の地位の基礎を揺るがすことは民法 398 条・538 条の趣旨に反し、信義則に反すると考えられるからである。借地上建物の賃貸借において敷地の賃貸借契約が解除された場合にも、同様の状況が生じ得、土地賃貸人は解除の効果を建物賃借人に対抗することができず、建物賃借人は建物利用に必要な範囲で敷地を利用する権利を対抗することができる⁸¹。

⁷⁶ これに対して、原賃貸借の終了が「債務不履行解除」による場合には、賃貸人は転借人に解除の効果を対抗することができる（最判昭和 37 年 3 月 29 日民集 16 卷 3 号 662 頁、最判平成 6 年 7 月 18 日判時 1540 号 38 頁）。改正民法 613 条 3 項も、そのことを前提とする。そのため、債務不履行解除の場合には転借人はその地位を賃貸人に対抗することができず（後述(b)iii(ii)参照）、①の問題状況は生じない。

⁷⁷ 借地上建物の賃借人は、建物の利用に必要な範囲で敷地を利用することができる。最判昭和 38 年 2 月 21 日民集 17 卷 1 号 219 頁。

⁷⁸ これに対して、上記（α）の場面は、①の問題を検討するための参考にはならない。後述するように（後述(b)iii(ii)参照）、他人物賃貸借は、権利者の確定的な拒絶によって履行不能となり、全部不能によって終了する（改正民法 616 条の 2）からである。

付言すれば、不動産賃貸借の目的物が譲渡された場合には、賃借人が対抗要件を備えていれば、賃貸人の地位は当然に譲受人に承継されるので、これも①が問題となる場面ではない。また、賃貸人の地位を譲渡人に留保して目的物譲渡がされていれば譲渡人に賃貸権原があるので（改正民法 605 条の 2 第 2 項前段）、これも問題状況が異なる。さらに、譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意が終了しても、譲渡人に留保されていた賃貸人の地位は譲受人に移転して、契約関係が生じるから（改正民法 605 条の 2 第 2 項後段）、この場面も異なる。

⁷⁹ 荒木・前掲（注 72）36 頁以下は、譲渡人が著作権を失うことによって、ライセンスの利用を妨げないという「不作為債務」が履行不能になるか（＝著作権を有さなくても利用を妨げないことはできるが、これを履行として評価することができるか）という観点から検討を加えている。しかし、第 1 に、ライセンスが譲受人（新著作権者）に利用許諾に係る権利を対抗できるのであれば履行不能にならないというべきであるし（そのうえで、譲渡契約当事者間では譲渡人はライセンス付与権原を失っているという相対的構成をとって譲渡人のライセンス料収取について譲渡契約当事者間で清算するか、ライセンスの地位が譲受人に移転すると構成するかが問題となることについては、後述(b)iii(ii)及び(c)参照）、第 2 に、例えば転貸借において原賃貸借が債務不履行解除されて転借人が転借権を対抗できない場合でさえ、転貸借契約はただちには履行不能にならないとされている（後述(b)iii 参照）。これらのことからすれば、不作為債務の性質から履行不能になるか否かが導かれるわけではないように思われる。

⁸⁰ 改正民法 613 条 3 項本文は、判例法理（大判昭和 9 年 3 月 7 日民集 13 卷 278 頁）を明文化したものである。ただし、債務不履行による解除権を有するのに合意解除によった場合には、原賃貸人は解除の効果を転借人に対抗することができる（改正民法 613 条 3 項ただし書）。これも判例法理（最判昭和 62 年 3 月 24 日判時 1258 号 61 頁）を明文化したものである。また、原賃貸借の期間満了時の更新拒絶についても、転借人に対抗できないとする最判平成 14 年 3 月 28 日民集 56 卷 3 号 662 頁がある。ただし、この判決はサブリース契約に関する事案であって、サブリース事業の仕組みと当該事案の経緯がその判断に影響している可能性があり、この判決を更新拒絶一般に射程が及ぶものとするには慎重を要しよう。

⁸¹ 最判昭和 38 年 2 月 21 日民集 17 卷 1 号 219 頁。なお、借地上の建物に抵当権が設定された場合にも、抵当権者との関係で同様の問題が生じる。判例は、借地契約の合意解除は抵当権者に対抗できないとする。大判大正 11 年 11 月 24 日民

このとき、転貸人・建物賃貸人は、もはや転貸権原・敷地利用権を有さないため、転借人・建物賃借人はその権利を対抗できるとしても、誰とどのような契約関係にあるのか、その地位が問題となる。しかし、この点に関する判例の立場は明らかではない。

学説では、最もオーソドックスな考え方として、転借人（以下、転借人に代表させて検討する）との関係では、転借権の基礎を失わしめない限りにおいて、原賃貸借が存続しているものとして扱うとする考え方がある⁸²。これは、原賃貸借の合意解除を転借人に「対抗することができない」（＝転借人は賃貸人に対抗できる）ということの意味を、原賃貸借は終了しているが⁸³、転貸借契約の当事者間では、転貸借契約は有効に存続しているという相対的な法律構成によってとらえるものであり、転借人の地位は何ら影響を受けない。これは「対抗することができる」という「民法上の類似の用語例との対比で考えれば、…伝統的観念により忠実な理論構成」であるといえる⁸⁴。そして、これは「対抗」と「契約承継」は別問題であるという考え方とも整合的な考え方であるといえる。

これに対して、原賃貸借の合意解除を転借人に対抗することができない（＝転借人は賃貸人に対抗できる）ということの意味を、転貸人の地位を原賃貸人が承継すると考える見解（転借人と原賃貸人の法律関係は転貸借を基準とする）がある⁸⁵。これは、転貸人は原賃貸借からも転貸借からも離脱し、賃貸人と転借人の間に直接の賃貸関係が生ずるとするものである。この見解をとった場合には、契約承継が生じるのであるから、契約承継が生じないが対抗できるという場面とは異なることになる。この見解は、上記のオーソドックスな考え方によった場合に生じる、解除されたはずの原賃貸借契約の当事者間での利益調整という複雑な問題が生じることを避けるべきことに加え、そのように解しても転借人に不利益はなく、また、原賃貸人は承諾していた転貸借の基礎となる原賃貸借を合意解除したのであるから、直接の契約関係の形成を受忍すべきことを実質的理由とする。

原賃貸人と転借人に直接の契約関係が生じるとするのが下級審裁判例の趨勢であるという評価もあるが⁸⁶、判例はまだ確立しておらず、学説も収斂している状況とはいえないと思われる。また、契約承継が生じるという見解は、上述（7）したように「対抗」と「契約承継」を明確に切り分ける改正民法の下で維持されうるのか、疑問も残る。

iii 無権原者と権利者の利益調整

(i) 他人物賃貸借・無断転貸（α）

他人物賃貸借は、賃貸借当事者間では有効であって、賃貸人は賃借人に使用収益をさせる義務、賃借人は賃料支払義務を負う⁸⁷。しかし、賃借人は賃借権を所有者に対抗することができないため、所有者が賃借人の使用を確定的に妨げる場合（賃借人が未占有の場合の明渡拒絶、占有済みの場合の明渡請求など）には他人物賃貸借は履行不能になるものと考えられる。この点に関する判例は見当たらないが、他人物売買については、真の権利者による確定的な権利移転拒絶によって、その売買は履行不能になると考えられており⁸⁸、他人物賃貸借についても同様に考えられるものと思われる。

集1巻738頁。

⁸² 代表的論者として、我妻・前掲（注68）464頁。議論状況について、原田純孝「賃借権の譲渡・転貸」星野英一編集代表『民法講座5契約』（有斐閣、1985年）376頁以下参照。

⁸³ 原賃貸借の終了を否定する見解も少数ではあるが存在する。金山正信「賃貸借の終了と転貸借」契約法大系刊行委員会編『契約法大系VII補巻』（有斐閣、1965年）10-11頁など。この考え方によれば、そもそも適法転貸借が存続することになるので、転貸人が権原を失ったという、ここで論じている問題状況は生じない。

⁸⁴ 原田・前掲（注82）376頁。

⁸⁵ 星野英一『借地・借家法』（有斐閣、1969年）377頁、鈴木禄弥『借地法下巻〔改訂版〕』（青林書院新社、1980年）1200頁、幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（15）〔増補版〕』（有斐閣、1996年）959頁〔原田純孝〕など。これに対して、転借人と原賃貸人に直接の法律関係が生じるとする点では同じだが、賃借人の地位を転借人が承継すると考える見解（転借人と原賃貸人の法律関係は原賃貸借を基準とする）もある。石田喜久夫『民法判例評釈』（成文堂、1990年）190-191頁（地上権設定契約の合意解除の事例について評釈であるが、以下では、不動産賃貸借の合意解除の場面に引き直して検討する）。しかし、これでは転借人が転借権を対抗していることにはならない。鈴木・前掲（『借地法下巻〔改訂版〕』）1200頁。また、石田説は実質的論拠として、転貸人の地位を賃貸人が承継するのでは、賃貸人は自己の負担していなかった負担を負うことを問題視するに加えて、転借人が原賃貸借上の法定更新制度を利用できるようにすることも意図している。これは、不動産賃貸借に特有の事情であって、ライセンス契約に応用できる議論ではない。

⁸⁶ 石田・前掲（注85）190頁、原田・前掲（注82）377頁。

⁸⁷ 大判明治39年5月17日民録12輯773頁、大判大正7年5月17日民録24輯971頁など。

⁸⁸ 潮見佳男『契約各論I』（信山社、2002年）103-105頁。また判例状況について、高橋眞「権利の担保責任と権利移転の『不能』について―裁判例の検討―」林良平先生献呈論文集刊行委員会編『現代における物権法と債権法の交錯』（有

る。そして、賃貸借は、全部不能によって終了する（改正民法 616 条の 2）。

しかし、他人物賃貸借において、賃借人が明渡しを求められるなどして契約が履行不能になるまでの間に、賃借人が目的物の使用収益をして賃貸人に賃料を支払っている場合には、権利者が、賃貸人が収取した賃料額を不当利得として、賃貸人に対して返還請求（民法 703 条・704 条）をすることができる⁸⁹。ただし、目的物が他人物であることについて、賃貸人（間接占有者）が善意（例、権利者との間の売買契約が無効であった場合など）であれば果実収取権を有するので（民法 189 条 1 項）、賃料額についての不当利得返還請求は認められない。これに対して、賃貸人が悪意であれば、収取した賃料ばかりか、収取を怠った賃料についても、利息を付して償還しなければならない（民法 190 条・704 条前段）、不法行為に基づく損害賠償もしなければならない（民法 704 条後段⁹⁰・民法 709 条）。

無断転貸の場合についても、同様に、転貸人は転貸賃料を不当利得として、賃貸人に返還しなければならないであろうが、原賃貸借契約が解除される前は、不当利得当事者間には契約関係があるから、民法 189 条・190 条の適用は問題にならないものと思われる⁹¹。

(ii) 転貸借における原賃貸借の解除・借地上建物の賃貸借における敷地賃貸借の解除（β）

以下では、解除が債務不履行による場合と、合意解除による場合を分けて検討する。

【債務不履行解除の場合】

転貸借において、原賃貸借が債務不履行解除された場合には、賃貸人は転借人に解除の効果に対抗することができるため⁹²、転借人はその地位を賃貸人に対抗することができない。借地上建物の賃貸借における敷地賃貸借が債務不履行によって解除された場合についても同様である⁹³。しかし、原賃貸借・敷地賃貸借の債務不履行解除によって、転貸借契約がただちに履行不能によって終了するわけではない。転貸人は転貸権原を有さないが、原賃貸人からの明渡請求がなされることによって転貸人の使用収益が現実には妨げられる事情が客観的に明らかになった時にはじめて転貸借契約は履行不能となり⁹⁴、それによって終了する（改正民法 616 条の 2 参照）。そのため、その時までには、転借人の転貸人に対する賃料債務は依然として存続する⁹⁵。なお、転貸借終了後になお利用を続けている場合には、転借人は所有者に対する「不法行為による損害賠償義務又は不当利得返還義務を免れない」とされる⁹⁶。

したがって、問題は、原賃貸借終了後、転貸借終了までの間における転貸人の賃料収取が不当利得となるか否かということである。この点についての明示的な議論はみあたらないようである。しかし、問題状況としては、原賃貸借終了後は、転貸借が賃借人による他人物賃貸の状況になっているといえるから、他人物賃貸借におけるのと同様の解釈がなされるのではないかと考えられる。

【合意解除の場合】

転貸借における原賃貸借や借地上建物の賃貸借における敷地賃貸借が合意解除された場合には、それを転借人・建物賃借人に対抗できない結果、転貸借関係・建物賃貸借（建物の使用に必要な範

斐閣、1998 年）243 頁以下参照

⁸⁹ 以下につき、幾代＝広中編・前掲（注 85）159 頁〔望月礼二郎＝水本浩〕参照。なお、より一般的に、他人の者の使用収益は、侵害利得の問題である。四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為上巻』（青林書院、1981 年）192 頁、藤原正則『不当利得法』（信山社、2002 年）222 頁以下。また、不当利得の類型論によらない説明として、我妻栄『民法講義 V1 債権各論下巻一』（岩波書店、1972 年）1016 頁以下参照。

なお、権利者が他人物賃借人に対して不当利得返還請求をできない理由としては、その賃借人の利得は有効な契約に基づくものであって「法律上の原因」があることや、賃料支払いによって利得がないことを挙げることができるほか、権利者との関係では、善意占有者の抗弁（民法 189 条 1 項）の存在を指摘することもできよう。

⁹⁰ 民法 704 条後段は、悪意受益者が不法行為の要件を満たす場合に不法行為責任を負うことを注意的に規定したものである。最判平成 21 年 11 月 9 日民集 63 卷 9 号 1987 頁。

⁹¹ 民法 189 条・190 条は、契約の清算関係ではない侵害利得の場面で（民法 703 条・704 条の特則として）適用される規定である。藤原・前掲（注 89）139 頁以下。

⁹² 最判昭和 37 年 3 月 29 日民集 16 卷 3 号 662 頁、最判平成 6 年 7 月 18 日判時 1540 号 38 頁。

⁹³ 最判昭和 45 年 12 月 24 日民集 24 卷 13 号 2271 頁。

⁹⁴ 最判平成 9 年 2 月 25 日民集 51 卷 2 号 398 頁（転貸借）、最判昭和 45 年 12 月 24 日民集 24 卷 13 号 2271 頁（借地上建物の賃貸借）。

⁹⁵ 最判平成 9 年 2 月 25 日民集 51 卷 2 号 398 頁。

⁹⁶ 最判平成 9 年 2 月 25 日民集 51 卷 2 号 398 頁。

囲で敷地を使用収益する権利を含む⁹⁷⁾がそのまま存続するが、原賃貸借当事者間・敷地賃貸借当事者間では賃借人は転貸権原・敷地賃借権を失っているという相対的な法律関係が生じることとなる(上述)。

これによって賃貸人が受ける不利益は、賃借人＝転貸人との間で清算すべきものとなるが、この際、合意の一種である「合意解除」の趣旨を解釈して、存続する転貸借から生ずる将来の賃料の帰属問題を織り込んだ合意解除になっているかどうかを判断する必要がある(例えば、転貸賃料については賃貸人の直接請求(民法613条1項)によるとする合意や、転貸賃料債権を合意解除にあわせて賃貸人に譲渡することなどが考えられる)。これに対して、合意解除の趣旨が、将来の賃料が織り込むものではない場合(その点についての合意がない場合)に適用される任意規範(デフォルトルール)は、債務不履行解除の場合と同様に、合意解除後の転貸人による賃料収取は、不当利得又は不法行為による処理をすることになるものと思われる。

(c) ライセンス契約への応用

以上検討してきた場面の中では、転貸借契約において原賃貸借が合意解除され、転借人はその地位を原賃貸人に対抗できるが、原賃貸人は転貸人の地位を承継しないという場面が、ライセンス契約においてライセンシーが譲受人に対抗できるが、譲受人は譲渡人のライセンス契約上の地位を承継しない場面と問題状況としては最も近いと考えられる。そこで、その場面における民法上の整理を、ライセンス契約に関して契約上の地位が移転しない場合の法律関係に応用すれば、次のようになる。

①(ライセンサーが著作権を失ったことによって、ライセンシーは利用許諾に係る権利を対抗することができるにもかかわらず、ライセンシーの利用を妨げないライセンサーの義務(不作為義務)が履行不能となり、そのことが契約の効力に影響を与えないか)については、ライセンシーは譲受人に利用許諾に係る権利を対抗することができる結果、著作権譲渡契約当事者間では、譲渡人(旧著作権者)はライセンスを付与する権原を失うが、ライセンス契約当事者間では、ライセンス付与権原が譲渡人(旧著作権者)にとどまっているものとして扱い(つまり、著作権者に対抗できない他人物ライセンスではない)、ライセンス契約は履行不能となることなく、かつ、当事者を変更することなく存続するという、相対的な法律構成をとることとなる。 (なお、不動産賃貸借についてこれに対応する場面で、転貸借等は履行不能になることなく、かつ、契約承継が生じるとする見解もあることは上述したとおりである。その問題点については上述したが、ここではこれらの学説のいずれが適切であるか評価を加えようとするものではない。あくまでも、契約承継が生じないことを前提とした場合には、通説的には、相対的な法律構成が考えられているという点に手がかりを求めたものである。)

②(ライセンサー(旧著作権者)とライセンシーの間では契約が(ただちに)履行不能にならないとしても、ライセンサーが著作権を失ったにもかかわらず、著作権で禁止されている著作物の利用を許諾することの対価たる契約上の給付をライセンサーに帰属させようか)についてはどうか。上記のとおり相対的な法律構成をとったことによって、新著作権者の財産から旧著作権者が利益を得ているという状況は、新著作権者と旧著作権者との間で清算すべきものとなる。その際、まず、譲渡契約の対価に、将来のライセンス料収入の帰属が明示的又は黙示的に織り込まれているかどうかを判断する必要があると思われる。織り込み済みであれば、その合意にしたがった処理がなされるべきである。これに対して、織り込み済みでなければ、旧著作権者は新著作権者に対して、不当利得返義務を負うことになるのではないかと思われる。もっとも、この不当利得が生じているのは違法性のある行為によるものではないから(ライセンス契約の対象となっている著作権の譲渡に伴う法律上の効果である)、不法行為責任を負うことは不適切ではないかと思われる。すくなくとも、非独占ライセンスについては、新著作権者も重畳的にライセンス契約を締結することが可能であるため、損害の発生もなく、不法行為に基づく損害賠償は認められないものと思われる。

⁹⁷⁾ 最判昭和38年2月21日民集17巻1号219頁。

イ アンケート・ヒアリング調査の概要

(7) 対抗制度導入の許容性について

a 譲受人に与え得る影響について

譲受人へのアンケートでは、他者にライセンスされている著作権等を譲り受けたことのある者のうち、既にライセンスにより行われていた第三者の利用について継続して許諾を行ったことがある者の割合は 96.9%に上った⁹⁸。ヒアリングにおいても、著作権等の譲渡が行われたケースでは、多くの場合は、追加的な負担なしに継続して利用を行うことが可能となっていること⁹⁹が確認された。また、譲受人の立場となる場面がある者に対するヒアリングでは、他者にライセンスされている著作権等を譲り受けたとしても、自らの利用が妨げられるわけではないこと等により、あまり問題はないと考える意見があった。そこからすれば、ライセンシーが継続的に利用を行うことについての譲受人に与え得る不利益はそれほど大きくない場合が多いものと考えられる。ただし、数は少ないもののライセンシーが当初の契約を超える追加的な負担を強いられた上で利用を継続した場合や利用を継続することができなかった場合も存在すること¹⁰⁰には留意が必要である。

【ヒアリング結果概要】

- 譲受人としても、デューデリジェンスを行った上で著作権等を譲り受けていると考えられるため、ライセンス料が入ってくれば特に利用が継続されても大きな問題がないのではないかと。(一般社団法人日本知的財産協会会員 D 社)
- 譲受人になる場合には、契約の際に第三者へのライセンスの有無について確認することが多いし、万が一ライセンスの存在を知らずに譲渡を受けたとしても、自社の利用が妨げられずライセンシーが使い続けるというだけであれば、あまり問題はないと思われる。(一般社団法人情報サービス産業協会会員 A 社)

また、譲受人の取引の安全に関し、譲受人へのアンケートでは、著作権等の譲渡を受けた際に、他者にライセンスされているかどうかについて譲渡人に確認したことがある者の割合は 70.6%であり¹⁰¹、著作権等の譲渡を受けた際に、当該著作権等について第三者にライセンスしていないことを表明・保証させたことのある者は 56.4%であることが確認された¹⁰²。

ヒアリングでは、著作権等の譲渡契約時にライセンスの有無を確認することについては、個々の事案の規模によって異なり、規模が大きい場合には確認を行うことが通例となっているが、弁護士が関与しない場合等では全く確認が行われない可能性もあるとの意見があったほか、事業譲渡等の規模が大きな取引の場合には確認を行うことは当然である一方で、規模が小さな取引の場合には、むしろ譲渡する著作物等の数が限られているため確認を行うためのハードルは低いのではないかととの意見があった。また、著作権等との譲渡を受けるに当たっては、第三者にライセンスをしていないことを表明保証させることが一般的であるとの意見が多く見られた。

以上を踏まえると、現時点でも譲受時において他者へのライセンスの有無を確認することが十分可能な環境が整っており、著作権等の譲渡に係る取引時に他者へのライセンスの有無に係るリスクを織り込むことが可能である場合が多いと考えられる。

【ヒアリング結果概要】

- 我々が関与する場合には、ライセンス契約があれば極力出させているが、契約を証するものが残っていない場合が多い。また、小さな案件では契約の調査のための経費を出すことができなかったり、あるいは弁護士が関与しない場合には、全く確認が行われていなかったりする。(福井健策弁護士)
- ソフトウェア分野やデジタルコンテンツ分野では、営業譲り受けや M&A が行われる場合に

⁹⁸ アンケート Q100 に対する回答

⁹⁹ ヒアリング結果の概要は前掲。8 ページ参照。

¹⁰⁰ ヒアリング結果の概要は前掲。8～9 ページ参照。

¹⁰¹ アンケート Q97 に対する回答（複数回答可）

¹⁰² アンケート Q98 に対する回答

はきちんと行うが、単なる権利の譲り受けがされる場合にはどの程度することができるかは疑問。権利者に口頭で確認するくらいしかないのではないか。（日本弁理士会）

- 事業譲渡などの規模が大きな取引に比べて、コンテンツ売買など規模が小さい取引については、著作物等の数も限られており、確認のコストが低いので、使用权が設定されているか否かの確認を行うためのハードルは低いのではないか。（一般社団法人日本知的財産協会会員 D 社）
- 著作権等の譲渡に当たっては、一般的に第三者にライセンスをしていないことを譲渡人に確認し、表明保証してもらっている。（IT 関係事業者 C）
- 著作権等を譲り受ける場合、第三者へのライセンスの有無及び内容をデューディリジェンスの手続き等を通じて確認し、それを踏まえて譲渡の可否や条件を決定していることが多いと思われる。（IT 関係事業者 B）

b 譲渡人（著作権者等）に与え得る影響について

ヒアリングでは、著作権者等の立場から、対抗制度の導入にはあまり関係がないとの意見があった。一方で、対抗制度が導入されて、ライセンス契約に基づく利用の継続が確保されることにより、著作権者等がライセンスによる契約を望んでいても、その意に反して譲渡を迫られる状況を変えられる可能性をメリットとして考える意見、ライセンサーの立場で著作権等を含めた事業譲渡を行う際に顧客であるライセンシーのビジネスにリスクが生じないように望ましいとする意見があった。なお、対抗制度の導入によるデメリットを指摘する意見は特段見られなかった。

【ヒアリング結果概要】

- グラフィックデザイナーの立場からのメリット又は弊害をあまりイメージできない。（公益社団法人日本グラフィックデザイナー協会）
- 漫画家としてはあまり関係のない制度なのではないか。（公益社団法人日本漫画家協会）
- 契約がライセンスによるものであってもライセンシーの継続利用が確保できることになるため、意に反して著作権の譲渡をさせられる状況を変えることができ、著作者の側にもある程度メリットのある制度だと思われる。かつ、写真家は自らがライセンシーになることはないから、制度による不利益もないということであれば、権利者団体として肯定的になりやすい。（一般社団法人日本写真著作権協会）
- 実演家は立場が弱いことが多い。そのため、レコード会社等から権利の譲渡（バイアウト）を求められ、実際そうすることが多い。しかし、バイアウトよりはライセンス契約というより謙抑的な契約をする方が健全だと思う。ライセンス契約におけるライセンシー保護が十分ではないという問題が理由でレコード会社等の地位の安定化のためにバイアウトを求められているとすれば、その問題は解決してもらった方がバイアウトを減少させることができる。（公益社団法人日本芸能実演家団体協議会）
- これまでライセンサーの破産や権利譲渡を懸念して著作権の譲渡を求めている利用者が、譲渡契約ではなくライセンス契約を締結する可能性があるという意味で、著作権者の反射的メリットは大いにあるのではないか。（福井健策弁護士）
- 当社は主にライセンサーの立場となるが、顧客との契約交渉の際、顧客が破産時や譲渡時の問題を気にして交渉が難航することがある。当社に直接利益があるか否かはさておき、安定的なライセンシングが広まるという観点からは制度が導入される方が望ましいのではないかと考えられる。（一般社団法人日本知的財産協会会員 B 社）
- ライセンサーの立場でライセンスをしている著作権も含めた事業譲渡を行う場合、事業譲渡に伴って自らの顧客であるライセンシーのビジネスにリスクを生じさせないようにしたい。しかし、対抗制度が存在しないことからそのリスクを回避することが難しいと判断されたときは、かかる著作権を事業譲渡の対象から除外し、事業の譲受人に対してもライセンスのみを提供する形式とせざるを得ない。制度が主要な諸外国と同じものになれば、このような日本のみの特別な対応をする必要性がなくなる。（IT 関係事業者 B）

(イ) 対抗要件に関する意見について

アンケートでは、対抗制度の導入を支持するライセンシーからの、登録対抗制度、事業実施対抗制度、悪意者対抗制度、当然対抗制度それぞれについての「非常に望ましい」「やや望ましい」との回答の割合は、当然対抗制度が最も多く 88.6%、事業実施対抗制度が 63.6%、悪意者対抗制度が 45.5%、登録対抗制度が 38.6%となった¹⁰³。理由としては、当然対抗制度については、登録や立証の負担がないことから望ましいとする意見が多かった。事業実施対抗制度に関しては、事業を公然と実施している立場からすれば問題ないとする意見もあったが、立証の負担を懸念する意見が一部にあった。悪意者対抗制度については、譲受人保護の観点からは望ましいとの意見もあったが、立証の負担を懸念する意見があった。登録対抗制度については、譲受人の保護という観点では望ましいとの意見もあったが、ライセンサーの協力が得られない可能性や登録の手続の煩雑さやコストについての強い懸念が示された。

【アンケート結果概要（各対抗制度について）】

- 登録や立証制度は手間がかかるため望ましくない。
- 登録制度や悪意の立証は手間がかかりそうなので、ライセンシーへの負担は最小限にしてみたい。
- 登録まで要すると、ライセンサーの協力が得られず、現実に活用されない可能性がある。特許制度との平仄からも、著作権と差を設ける理由は特段ないと思われる。
- 「登録」を対抗の要件とすることは、出版等、日々相当数のライセンスを受ける立場からすると負担が大きく、これまでの著作権登録制度の在り方から見ても、登録料の高さや手続きの煩雑さからして消極的な賛同しかできない。社会で公然かつ正当に事業を行っている立場からすれば、第三者の悪意を立証する要もなく、契約の存在や事業の実施で対抗できるようにすべきである。
- 悪意者対抗制度では、著作権譲渡の時点で、必ずしもライセンシーが譲渡について知ることができるわけではないので、「第三者がライセンス契約の存在を認識する時期」とのタイムラグが生じる可能性がある。

ヒアリングでは、当然対抗制度の導入を支持する意見がほとんどであった。理由としては、登録や立証の負担がない方が望ましいとするものや、特許法において当然対抗制度が導入されている中でそれと異なる制度を設ける理由は少ないとするものがあった。その他の制度について、事業実施対抗制度に関しては立証が困難であるとの意見やライセンス契約を締結してから利用するまでにある程度の期間を要する場合があるために保護されない可能性があるとする意見、悪意者対抗制度に関しては悪意の立証が負担となってしまうとの意見、登録対抗制度に関しては手続コスト等により現実的に機能しなくなるとの意見があった。

【ヒアリング結果概要】

<当然対抗制度>

- 譲受人からすればライセンスの有無を確認したいから登録制度があった方がうれしいのは当然。そうだとした場合、登録を備えていないためにライセンシーが新権利者に対抗できないことが適当なのかという観点からは、ライセンシーが新権利者からの権利主張を受けないという意味では、最悪、当然対抗で良いのではないかと、ライセンスの事実を証明できれば対抗できるとすることで良いのではないかと考えた。（福井健策弁護士）
- 契約書がないことが多い業界であることを考えると、「利用許諾契約の存在が立証できれば、著作物等の利用を継続できる制度」がなじみやすい気がしなくもない。（公益社団法人日本グラフィックデザイナー協会）
- 当然対抗制度が望ましい。デューデリジェンスを行うのが通常であるし、譲渡人側もライセンス契約の存在を開示しないと損害賠償請求を受けることになるので、リスクを負って開示せずに譲渡するということは考えにくい。ライセンス契約の存在を織り込み済みで譲渡がされ

¹⁰³ アンケート Q41 に対する回答。それぞれ「非常に望ましい」と「やや望ましい」の合計。

るようになるので問題がない。（一般社団法人モバイル・コンテンツ・フォーラム）

- 当然対抗制度が望ましい。特許は当然対抗制度のところを著作権は別とする理由は少ない。（一般社団法人日本知的財産協会会員 D 社）
- 特許法とも整合がとれる当然対抗制度が望ましい。著作権はベルヌ条約があり多くの国で無方式に権利が成立するにもかかわらず、グローバルな取引において日本にだけ制約があるというのは望ましくない。（IT 関係事業者 B）

<事業実施対抗制度>

- 事業実施を要件とするのはあまり望ましくないのではないかと。開発前に許諾を受けるのが通常であるところ、開発にはそれなりに時間がかかる。開発には数億円かかるものもあるわけだが、いざ配信する時に譲渡されていたら、投資コストが全て水の泡になってしまう。（一般社団法人モバイル・コンテンツ・フォーラム）
- ソフトウェアを内部だけで利用している場合のように、外からはわかりにくいものもあるから、事業実施対抗制度もあまり望ましいとは思わない。（IT 関係事業者 A）
- 開発期間やテスト期間が必要となるので、契約後 1 年、あるいはそれ以上経過してから製品化されることが通常であり、その間保護されないというのでは困る。（IT 関係事業者 C）

<悪意者対抗制度>

- 譲受人の利益を考えれば、「利用許諾契約の存在を立証するとともに、新しい著作権者等が利用許諾契約の存在を認識していることを立証できれば、著作物等の利用を継続できる制度」ではないかと。譲受人の保護の観点から、譲受人が契約の存在を知っていることが必要ではないかと。（公益社団法人日本文藝家協会）
- ソフトウェアのように外からは見えないところで使っている場合も多く、何とも立証がしにくいと思われるので、悪意者対抗制度は望ましいとは思わない。（IT 関係事業者 A）
- 悪意の立証は難しいと思う。譲渡人が譲渡対象著作権に付随するライセンス契約を説明する義務や、譲受人が当然に調査するような義務がない限りは立証が相当に難しいと感じる。通常はインターネットで公開していれば、すぐ調べれば出ると思うので、導入する場合には有過失の者にも対抗できるようにした上で考えてもらいたい。（一般社団法人モバイル・コンテンツ・フォーラム）
- 悪意者対抗制度は現実的ではないと思われる。譲渡人と譲受人との間でどのような情報のやりとりがあったかはライセンシーからはうかがい知ることができず、立証は困難である。また、通常、ソフトウェアに関してはどのソフトウェアを使っているか、どの会社とライセンス契約を締結しているかというのは秘密情報であり、外形的に明らかにすることがほとんどないので、悪意を立証するというのは現実的ではない。（IT 関係事業者 C）

<登録対抗制度>

- 美術家が著作権を譲渡する契約を締結することがほとんどないことを考えると、第三者に対抗する必要があるような重要な契約を締結するのであれば、登録を条件としても良いのではないかと。そこまで重要ではなく、登録の手間をかけるまでもない場合には、それによって何か問題が生じたとしても、それは仕方がないのではないかと考える。（一般社団法人日本美術家連盟）
- 登録対抗制度は、特許ですら利用されなかった。導入しても利用されない制度なら、導入しても意味はない。（日本弁理士会）
- 登録を要件とすることには相当抵抗があるのではないかと。著作物の数が多い上に、手続が煩雑であり厳しい。（一般社団法人日本雑誌協会）
- 登録には手間と費用が相当かかるので、現実的ではないと思われる。また、登録制度が導入されると登録せざるを得なくなり相当な負担になる。ライセンシーの立場からは、当然対抗制度である。ただし、譲受人の立場になると、自分の承知していないところで交わされた契約に影響を受けることを考えれば、登録が必要ではないかとの考えもある。ライセンサーとライセンシー、いずれの立場になるかで回答は変わってくると思う。（放送事業者関連会社 B）

(ウ) 対抗制度の導入に伴う契約承継について

著作物等のライセンス契約においては、ライセンス料支払義務、他者にライセンスをしない義務、改変禁止義務、メンテナンス義務等を定めた多様な条項が存在し、その内容は著作物等の種類によっても多様である。

アンケートでは、ライセンシーの立場になる者に対して各ライセンス契約上の義務等について対抗制度の導入に伴って承継させるべきか否かを質問したところ、承継させるべきとされた割合は「ロイヤリティの支払額」が75.9%、「ライセンシーに独占的に著作物等の利用をさせる義務」が69.0%、「ライセンシーにサブライセンス権原を与え、サブライセンスによる著作物等の利用行為に対して著作権等を行使しない義務」が63.8%、「第三者による権利侵害があった場合にライセンサーが侵害行為を排除すべき義務」が63.8%、「著作権等の利用に付随する義務（例えばコンピュータ・プログラムの保守に係る義務等）」が55.2%であった¹⁰⁴。その他に準拠法・裁判管轄や契約期間に係る条項について承継を求める意見があった。これら全ての契約を承継させるべきと回答をした者は、その理由として契約条件が変更されるのは困ることや同条件で継続して使用できることが保証された上で必要に応じて再度契約条件を交渉すればよいということを挙げた。義務の内容によって承継させるべき否かは異なる旨を回答した者は、理由として現実的に譲受人が対応できないこと等が想定されることを挙げた。全て承継させるべきではないと回答した者は、その理由として具体的な利用条件はライセンシーと譲受人との間で交渉すべき事項であることを挙げた。

【アンケート結果概要（契約承継すべき事項に関する回答の理由）】

<（選択肢に挙げられた事項について）全て承継させるべき>

- ライセンサーとの契約条件が譲受人によって変更されるのは困る。
- 同条件で継続して使用できることが保証された上で、必要であれば双方で、再度契約条件を交渉できるような、前向きな柔軟性があれば良いかと思う。
- ライセンス契約の基本的な部分は承継されてしかるべきである。新たなライセンサーが、条件を変えたいならば、原契約満了後に再交渉を行うことが出来る。

<（選択肢に挙げられた事項について）義務の内容によって承継させるべき否かは異なる>

- 著作権等の利用に付随する義務について、品質等に関わる部分まで、現実的に譲受人が対応できないこと等が想定される。

<（選択肢に挙げられた事項について）全て承継させるべきではない>

- 具体的な利用条件は、ライセンシーと第三者との間で交渉すべき事項である。

ヒアリングでは、契約承継の是非について、当初の契約内容を維持するため契約は基本的に承継されるべきとする意見が相当程度見受けられたものの、その承継すべき範囲については、非定型的な義務は除き、定型的な契約内容とする意見が多く見られた。また、著作物等のライセンスにあっては没個性的な契約が少なくないことから、契約承継の是非を一律に考えることは困難であり、個々の事案に応じて承継の是非が判断されるべきとの意見もあった。

【ヒアリング結果概要】

<契約承継の是非>

- 承継されるべき。一度した契約は、契約内容も保全されるべきである。（一般社団法人日本写真著作権協会）
- 権利者にとっても利用者にとっても、承継する方が良いのではないか。（公益社団法人日本文藝家協会）
- 著作権ライセンスは業界、分野で契約が全然違うので、賃貸借のような没個性的契約であるとして一律に言うことはできないと思う。その観点からは、一律に承継する、しないと決めるわけにはいかないと思っている。（日本弁理士会）

¹⁰⁴ アンケート Q53 に対する回答

＜承継すべき又は承継すべきでない契約の範囲＞

- 属人的な義務が含まれている場合などもある。譲受人において履行可能な範囲において承継させるべき。（一般社団法人日本写真著作権協会）
- 承継すると困るものはある。例えば、新聞社によっては著者に校正の義務を課している場合があるが、著者本人が文章を直すのは問題ないとしても、著者以外の者が直す場合には同一性保持権の問題が生じ得る。（公益社団法人日本文藝家協会）
- 著者による校正義務が契約条項に入っている場合には、その義務を譲受人が履行すると著作権者人格権の侵害の問題が生じかねないと思う。また、第三者の権利を侵害していないことの保証条項は、著作者本人でない者が保証できるかどうかという点で抵抗があるのではないか。（一般社団法人日本雑誌協会）
- （譲受人が履行できない義務としては）保守、修理、サポート、カスタマイズなどが考えられる。ソフトウェアは極めて機能的な商品で、技術の提供があって始めて成り立つという特殊性があって、場合によって譲受人に承継されるのが酷と思われる義務もあり得る。しかし、ライセンス保護の観点からは、本来はそうした部分も承継されるべきとも考えられる。（IT 関係事業者 C）
- 著作権の譲受人の立場としては、問い合わせなどのサポートなど、ライセンス契約上の義務の履行が求められると困ることがあるかもしれない。また、保守契約があって継続してサービスを提供しなければならないとすると、譲渡を受けた著作部物のライセンス先が取引先として不適切な先である場合などが懸念される。（一般社団法人情報サービス産業協会会員 A 社）

ウ 著作権等管理事業への影響について

(7) 著作権等管理事業について

著作権等管理事業者は、著作権者等から著作権等の管理委託を受けて、著作権等の管理を行い、利用者に対して許諾を行い、利用者からの使用料の徴収及び著作権者等への使用料の分配を行っている。

著作権等管理事業法上、管理委託契約は、次に掲げる契約であって、受託者による著作物等の利用の許諾に際して委託者（委託者が当該著作物等に係る次に掲げる契約の受託者であるときは、当該契約の委託者）が使用料の額を決定することとされているもの以外のもの、と定義されている（同法2条1項）。

- ① 委託者が受託者に著作権等を移転し、著作物等の利用の許諾その他の当該著作権等の管理を行わせることを目的とする信託契約（「**信託譲渡型管理委託契約**」。下記図1。）
- ② 委託者が受託者に著作物等の利用の許諾の取次ぎ又は代理をさせ、併せて当該取次ぎ又は代理に伴う著作権等の管理を行わせることを目的とする委任契約（「**委任型管理委託契約**」。下記図2及び図3）

これらの管理委託契約に基づいて、著作物等の利用の許諾その他の著作権等の管理を行う行為であって、業として行うものが「著作権等管理事業」であり（同法2条2項）、著作権等管理事業法上の登録を受けて著作権等管理事業を行う者が「著作権等管理事業者」と定義されている（同法2条3項）。

図1：信託譲渡型管理委託契約の場合のイメージ

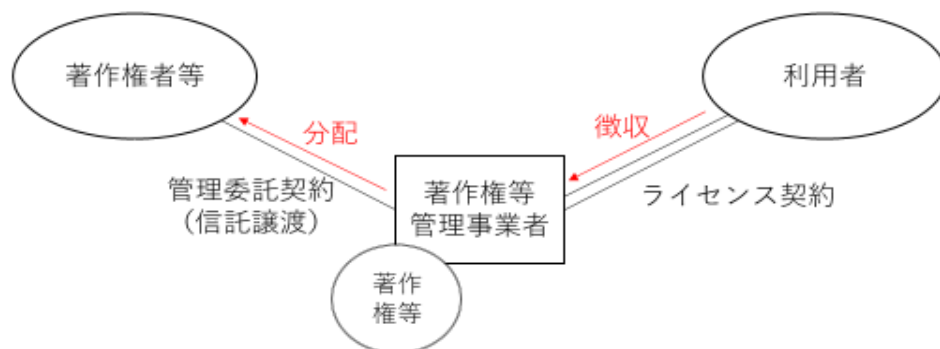


図2：委任型管理委託契約（取次）の場合のイメージ

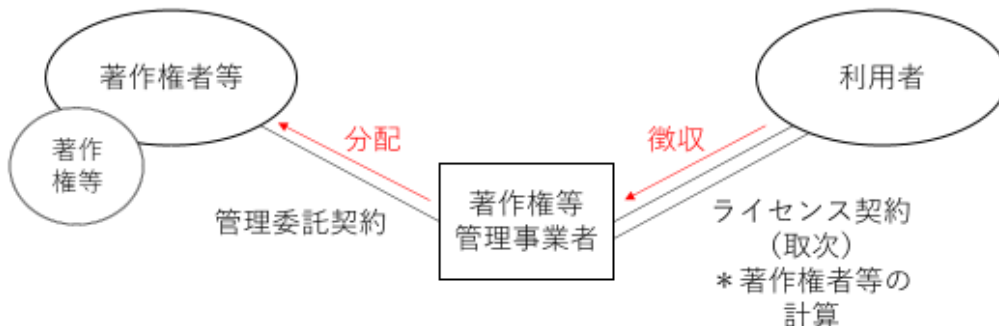
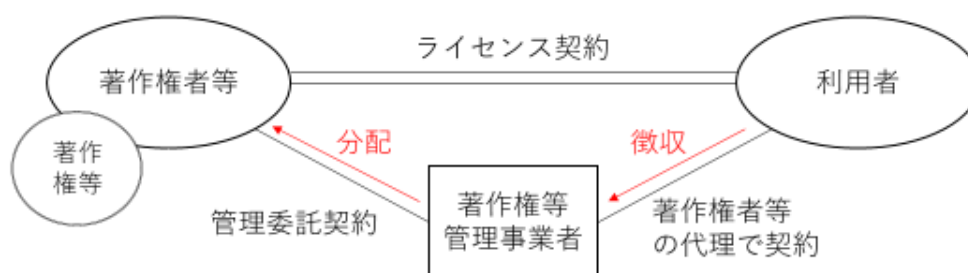


図3：委任型管理委託契約（代理）の場合のイメージ



(イ) 信託譲渡型管理委託契約に基づく著作権等管理事業への影響についての検討

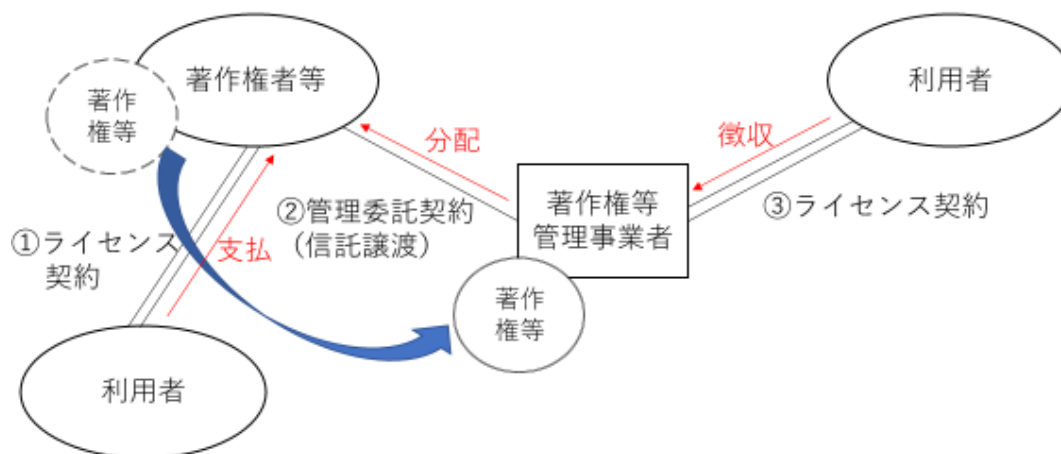
検討委員会においては、以下の2つの事例に即して、対抗制度の導入による信託譲渡型管理委託契約に基づく著作権等管理事業への影響について検討した。

a 信託譲渡型管理委託契約の締結前にライセンス契約が締結されている事例

信託譲渡型管理委託契約が締結される場合には、著作権等は、著作権者等から著作権等管理事業者へ移転することになる。

著作権者等が第三者に対して著作権等のライセンス契約を行っている状況で、著作権者等と著作権等管理事業者との間で当該著作権等についての信託譲渡型管理委託契約が締結されたという事例（下記図4参照）において、対抗制度が導入された場合には、著作権者等から許諾を受けた利用者は著作権等管理事業者に対して利用許諾に基づく権利を対抗することができることになる。

図4：信託譲渡型管理委託契約の締結前にライセンス契約が締結されている事例



上記の事例に関し、信託譲渡型管理委託契約に基づいて著作権等管理事業を行っている一般社団法人日本音楽著作権協会に対して、ヒアリングを行った。一般社団法人日本音楽著作権協会によれば、上記の状況が判明した場合には、委託者に利用許諾契約締結の事実の有無を確認し、当該事実が確認できたときには、著作権者等の意思を尊重し、著作権等管理事業者からの使用料の徴収等は基本的には控えるようにしているとのことであり、対抗制度が導入された場合にも、引き続きこれと同様の取扱いをすることが想定されるため、この事例において対抗制度導入の影響はないとのことであった。

検討委員会において、著作権等管理事業者が信託譲渡を受けて管理している著作権等について、

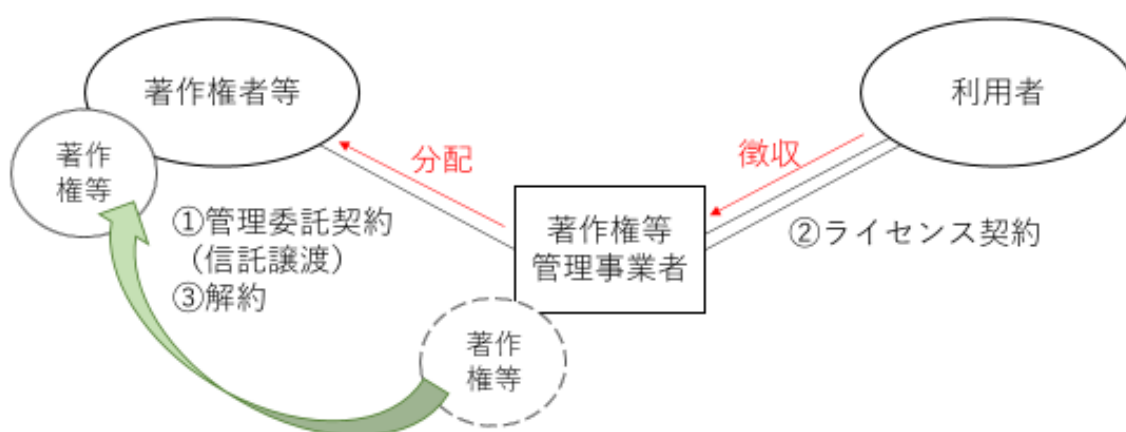
著作権等管理事業者が許諾していない者が利用を継続できることに問題がないか検討したところ、新著作権者等が許諾をしていない者が利用を継続できることは対抗制度導入の当然の帰結であること、著作権等管理事業者が許諾していない者が利用を継続できることについて特に著作権等管理事業法上の問題があるとは考えにくいとの意見があった。

次に、利用者が利用許諾に係る権利を対抗できることに伴って利用許諾契約が承継される場合には、上記事例においては、著作権等管理事業者が著作権者等が締結した利用許諾契約を承継することとなる。この場合、著作権等管理事業法上、著作権等管理事業者は文化庁長官に届け出た使用料規程に定められた額を超える使用料を請求できないとされているところ（同法第13条第4項）、利用許諾契約が承継される場合には、契約で定められた使用料の額が使用料規程に定められた額を超える場面も想定されることから、著作権等管理事業法との関係で問題とならないよう整理が必要となる¹⁰⁵と考えられる。この点については、著作権等管理事業者が契約に基づく請求を行わなければ問題は生じないのではないかととの意見があった。

b 信託譲渡型管理委託契約が解約された事例

信託譲渡型管理委託契約が締結され、著作権等が著作権者等から著作権等管理事業者へ移転し、著作権等管理事業者が利用者に対して許諾を行っていたところ、当該利用許諾契約の期間中に著作権者等が信託譲渡型管理委託契約を解約したという事例（下記図5参照）において、対抗制度が導入されると、著作権等管理事業者から利用許諾を受けた利用者は著作権者等に対して利用許諾に係る権利を対抗することができることになる。

図5：信託譲渡型管理委託契約に基づくライセンス契約が締結された後に、信託譲渡型管理委託契約が解約された事例



上記の事例に関し、一般社団法人日本音楽著作権協会からは、利用許諾契約の範囲内において利用者が利用を継続できることは利用者の利用が安定的に行われるという点では望ましいと思われる一方、信託譲渡型管理委託契約を解約する著作権者等は、自己管理又は他の著作権等管理事業者への管理委託をする意向をもって解約していると思われるところ、著作権等管理事業者が締結した利用許諾契約に基づく利用が継続することは当該著作権者等の意向に反する可能性があるため、著作権等管理事業者としてはどちらが優先されるべきとは決めがたいとの意見があった。また、利用者が利用許諾に係る権利を対抗できることに伴って利用許諾契約が承継されない場合には、簡明な法律関係を実現するために関係者で協議を行うことも想定されるところ、仮に著作権者等が他の著作権等管理事業者に管理委託をしていた場合、一般社団法人日本音楽著作権協会・他の著作権等管理事業者・利用者の三者で協議をすることについては場合によっては独占禁止法上の問題が出てく

¹⁰⁵ 不動産賃貸借に関して不動産譲渡時に賃貸人たる地位を譲渡人に留保する旨及び当該不動産を譲受人が譲渡人に賃貸する旨の合意によって賃貸人の地位を留保することが認められていることから（民法605条の2第2項前段）、契約が承継されるとの解釈の下でも、少なくとも著作権者等と著作権等管理事業者との間でこれと同様の合意をすれば契約は承継されないものと考えられる。

る場合もあるのではないかと、との懸念が示された。

検討委員会においては、対抗制度を導入する場合においては著作権者等は自らが信託した著作権等管理事業者が許諾した利用が継続されることについては当然甘受すべき立場にあること、著作権等管理事業者が許諾した者が利用を継続できることについて特に著作権等管理事業法上の問題があるとは考えられないとの意見があった。利用許諾契約が承継されない場合については、独占禁止法上の懸念等が生じないような運用が行われることが望ましく、そのような運用についての整理がされることが望ましいと考えられる。

c まとめ

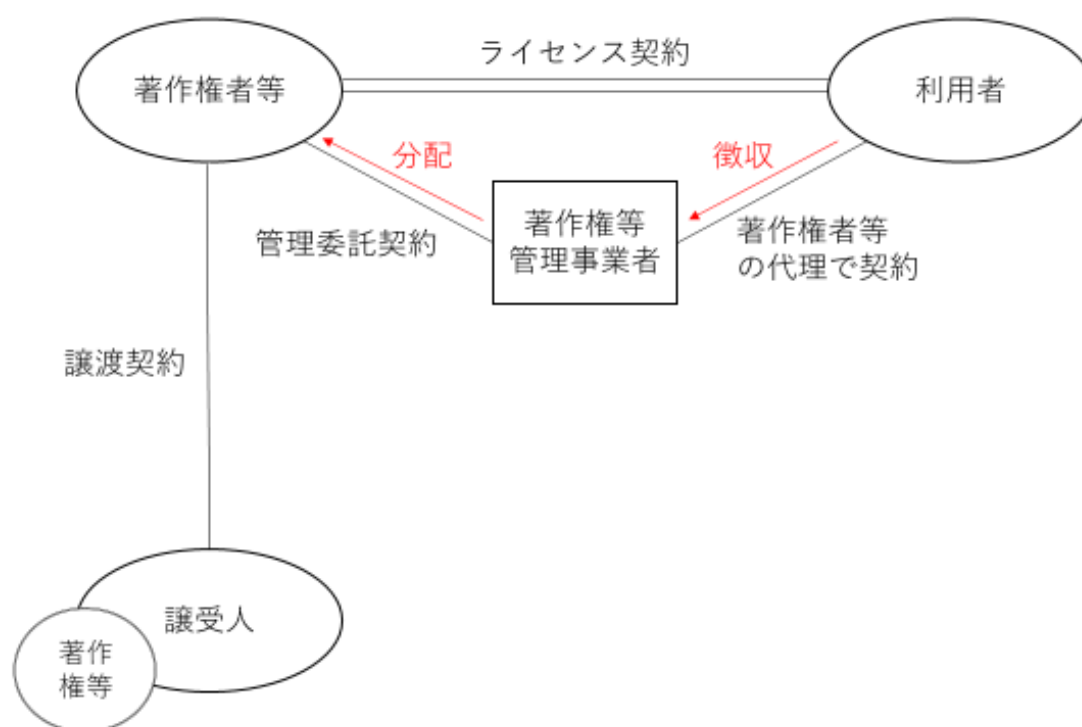
以上を踏まえると、契約の承継について著作権等管理事業法や独占禁止法との関係で整理が必要な場面が存在するものの、対抗制度の導入によって信託譲渡型管理委託契約に基づく著作権等管理事業に支障が生ずるような影響はないものと考えられる。

(ウ) 委任型管理委託契約に基づく著作権等管理事業への影響についての検討

委任型管理委託契約が締結される場合には、管理委託契約の締結後も著作権者等が著作権等を有しているため、著作権者等が著作権等を第三者に譲渡する可能性がある。そのため、検討委員会においては、以下の事例に即して、対抗制度の導入による委任型管理委託契約に基づく著作権等管理事業への影響について検討した¹⁰⁶。

著作権等管理事業者が代理して著作権者等と利用者との間でライセンス契約が締結されている状況で、著作権者等が第三者（譲受人）に対し著作権等を譲渡したという事例（下記図6参照）において、対抗制度が導入された場合には、利用者は第三者（譲受人）に対して利用許諾に基づく権利を対抗することができることになる。

図6：委任型管理委託契約に基づくライセンス契約の締結後、著作権等が譲渡された事例



¹⁰⁶ なお、委任型管理委託契約には、上記のとおり、取次によるものと代理によるものが存在するが、検討委員会においては代理によるものを前提として、検討を行った。取次によるものについても、取次を行った著作権等管理事業者を通じて利用者に著作物の利用許諾が与えられている点について変わりはなく、上記の代理によるものについての検討は取次によるものについても妥当するものと考えられる。

上記の事例に関し、委任型管理委託契約に基づいて著作権等管理事業を行っている著作権等管理事業者に対してヒアリングを行ったところ、著作権の譲渡があった場合でも利用者が利用許諾契約に基づく範囲で利用を継続することができる点にメリットがあり、著作権等管理事業にもプラスの影響があるといった意見、著作権等管理事業に悪影響を与えることは考えにくいとの意見があった。

【ヒアリング結果概要】

- 対抗制度が導入されても当センターの業務に特段の影響はないし、また、対抗制度の必要性も感じていない。もっとも、利用者は対抗制度が導入されれば、その範囲で利用を継続できることになるので、利用者から見るとメリットがある制度ではあるだろう。(公益社団法人日本複製権センター)
- 著作権等管理事業者としてはプラスに働く。現状の管理委託契約が継続されるというなら、管理事業として安定すると思う。(一般社団法人日本美術家連盟)
- (対抗制度導入による悪影響について) あまり思いつかない。(一般社団法人日本レコード協会)
- 我々の管理事業自体への影響は特にないと考えられる。(一般社団法人出版物貸与権管理センター)

利用者が利用許諾に係る権利を対抗できることに伴う契約の承継に関しては、使用料の分配先が明らかになるのが望ましいことから契約の承継がされることが望ましいといった意見、譲受人(新著作権者等)との間で管理手数料を得ることに問題が生じないかとの意見などがあった。

【ヒアリング結果概要】

- 管理事業者としては契約が承継する方がありがたい。ただ、それで良いのかどうかということはある。(一般社団法人日本美術家連盟)
- 譲渡人との管理委託契約を譲受人が承継するのであれば問題はないと考えられる。文藝家協会がどこに使用料を分配すれば分からなくなるのは困る。(公益社団法人日本文藝家協会)
- (契約の承継について) 幸い、当協会には委任しないというレコード製作者はあまりおらず、そういう話も聞いたこともない。委任をほぼ頂けている状況であるため、積極的に「承継されるべき。」と言わなくても問題は生じていない。権利が第三者に移ってしまった後に使用料規程に基づく使用料を頂いた場合、当該第三者に対する分配をすることになるが、その際、管理委託契約約款で定める手数料がそのまま通用するのかという問題は生じ得る。当該第三者からみれば、当協会との間で契約はしていないから勝手に手数料を取るなという話になるかもしれない。(一般社団法人日本レコード協会)

検討委員会においては、契約の承継については、著作権等管理事業者が介在する場合と介在しない場合とで特にその扱いを変える理由はないという点で意見が一致した。仮に契約の承継について一般的なルールを法定しない場合に委任型管理委託契約に基づく著作権等管理事業を行う著作権等管理事業者が締結した利用許諾契約についてだけ契約の承継に関するルールを法定することについては、反対解釈を招きかねず妥当ではないとの意見があった。利用許諾契約及び管理委託契約が承継されない場合に、著作権等管理事業者が管理手数料を得ることについては、譲受人(新著作権者等)との関係では、事務管理(民法 697 条)の問題となるものと考えられる。

なお、検討委員会においては、契約が承継されない場合に著作権等管理事業者が旧著作権者等に対して使用料を分配することとなる点については、当該使用料の分配が著作権等管理事業法の明文の規定に違反するようには思われなという意見があった。

以上を踏まえると、対抗制度の導入によって委任型管理委託契約に基づく著作権等管理事業に支障が生ずるような影響はないものと考えられる。

エ 特許法その他の知的財産権法との関係

(7) 対抗制度

a 実施権制度と利用許諾制度

特許法を例にとると、特許権者が、その意思に基づいて、他人に特許発明の実施を認める制度として、実施権の制度が存在する。

実施権には、専用実施権と通常実施権の2種類があり、この内、専用実施権は、特許権者による設定行為（特許法77条1項）後に、登録を経て初めて発生する（特許法98条2号）。専用実施権を有する者（専用実施権者）は、設定行為で定められた範囲内において、業として（専用実施権が設定された）特許発明の実施をする権利を専有する（特許法77条2項）。よって、上記範囲内については、特許権者も特許発明の実施をすることができないし（特許法68条ただし書き）、重ねて専用実施権を設定したり、通常実施権を許諾したりすることはできない。専用実施権者は、特許権を侵害する者に対して自らの名で差止請求（特許法100条1項）や損害賠償請求を行うことができる。このような性質から、専用実施権は、所有権に対する用益物権に喩えられることも多い¹⁰⁷。専用実施権制度は、実用新案法、意匠法、商標法にも存在する（なお、正確に言うと、商標法の場合、商標については実施ではなくて使用という言葉を用いるため、専用実施権ではなくて、専用使用権と呼ばれるが、権利の性格などに変わりはない。）。

一方、通常実施権は、特許権者の許諾によって発生し（特許法78条1項）、専用実施権とは異なって登録を必要としない（特許法98条の反対解釈）。通常実施権を有する者（通常実施権者）は、許諾された範囲内¹⁰⁸で、許諾に係る特許発明につき、業として実施をすることができる（特許法78条2項）。なお、専用実施権者も、専用実施権が設定された範囲内であれば、他人に通常実施権を許諾しうるが、特許権者の承諾が必要である（特許法77条4項）。

専用実施権と通常実施権の性質上の最大の違いは、特許法77条2項と78条2項を比べるとよく分かる。前者は「専用実施権者は、設定行為で定めた範囲内において、業としてその特許発明の実施をする権利を専有する」と定めるのに対して、後者は「通常実施権者は・・・設定行為で定めた範囲内において、業としてその特許発明の実施をする権利を有する」と定める。つまり、専用実施権の場合と異なり通常実施権者は複数存在することが可能であり、特許権者は、通常実施権の許諾後も、他者に対して、通常実施権を許諾することができるし、特許権者自身も、許諾に係る特許発明を自ら実施することができる。そのため、通常実施権の本質は、許諾された範囲内での特許発明の業としての実施に関して、特許権者（および専用実施権者）に対して差止請求権、損害賠償請求権、および不当利得返還請求権（以下、差止請求権等）を行使させない不作為請求権であり¹⁰⁹、債権的な権利であるとされる^{110・111}。実用新案法、意匠法、商標法にも、同様の通常実施権制度（商標法の場合、通常使用権制度）が存在する。

¹⁰⁷ 中山信弘『特許法 第2版』（弘文堂、2012）452頁参照。

¹⁰⁸ 特許法78条2項は「設定行為で定めた範囲内」とするが、同条1項から明らかなように、特許権者は通常実施権を設定するのではなくて許諾するのであるから、「設定行為」という概念をここに持ち込むことは本来おかしい。

¹⁰⁹ 中山・前掲注107）461頁、中山信弘編著『注解 特許法〔第2版増補〕上巻』（青林書院、1994）〔中山信弘〕744～745頁、中山信弘＝小泉直樹編『新・注解特許法 第2版【中巻】』（青林書院、2017）1461頁〔城山康文〕および田村善之『知的財産法 第5版』（有斐閣、2010）339頁および渋谷達紀『特許法』（発明推進協会、2013）645頁等参照。

¹¹⁰ 城山・前掲注109）1461頁は、債権的という意味について「より厳密には、特許権者に対して差止請求権と損害賠償請求権を行使させないという不作為請求権である・・・もともと、通常実施権の存在は、特許権者からの差止請求権及び損害賠償請求権に対する抗弁として直接に機能するのであり・・・差止請求権の行使を認めたうえで不為義務違反の責任を問うことができるにとどまるものではない。」と指摘する一方で、「平成23年改正により通常実施権登録制度が廃止され・・・許諾による通常実施権も、登録することなく通常実施権設定者から特許権又は専用実施権・・・をその後に譲り受けた者に対して効力を有することとされたため（特99条）、債権的な性格は薄くなった。」とも指摘する。

¹¹¹ なお、多くの場合、債権的権利＝債権の意味で用いられているものと思うが、吉藤幸朔＝熊谷健一補訂『特許法概説 第13版』（有斐閣、1998）568頁は、通常実施権は債権と位置づけるのではなくて債権的な権利と位置づけるべきとして、その理由を「通常実施権の客体は無体財産であって占有を伴わないので、同一内容を有する実施権を別個に設定しても、債権におけるような債務不履行の問題は生じない」からとする。

著作権法において、特許法の専用実施権制度に類似するのは、出版権制度である。出版権者は、複製権者または公衆送信権者が設定行為で定めたところによって、著作物を原作のまま複製する権利または著作物の複製物を原作のまま公衆送信する権利を専有する（著作権法 80 条 1 項）。また、出版権者は、複製権等保有者の承諾を得た場合、出版権の目的である著作物の複製または公衆送信を他人に許諾することができる（著作権法 80 条 3 項）¹¹²。さらに、出版権者は、自らの名で侵害者に対して、差止請求（著作権法 112 条）および損害賠償請求を行うこともできる。もっとも、専用実施権とは異なり、出版権は設定行為だけで発生し、登録は効力発生要件ではなくて対抗要件にすぎない（著作権法 79 条 1 項および 88 条 1 項）。また、出版権と専用実施権との最大の違いは、出版権が、著作権を構成する支分権のうち、複製権と公衆送信権にしか設定できないことであり、例えば、上演権や演奏権について、出版権その他の専用実施権的な権利を設定することはできない。

著作権法 63 条 1 項は「著作権者は、他人に対し、その著作物の利用を許諾することができる」と定め、同条 2 項は「前項の許諾を得た者は、その許諾に係る利用方法及び条件の範囲内において、その許諾に係る著作物を利用することができる」と定める。これは、通常実施権について定める特許法 78 条 1 項（「特許権者は、その特許権について他人に通常実施権を許諾することができる」）および同条 2 項（「通常実施権者は、この法律の規定により又は設定行為で定めた範囲内において、業としてその特許発明の実施をする権利を有する」）とほぼ同様の規定ぶりである。つまり、著作権法における利用許諾の制度は、特許法などにおける通常実施権制度に相当すると考えることができる。現に、著作権法における利用許諾についても、その本質は、著作物の利用に関して、著作権者や出版権者に対して、差止請求権等の不行使を求める不作為請求権であると理解されている¹¹³。

b 通常実施権に関する対抗制度の現状

では、（利用許諾に相当する）通常実施権における対抗制度の現状がどうなっているか、簡単に見ておこう。特許法においては、「通常実施権は、その発生後にその特許権若しくは専用実施権又はその特許権についての専用実施権を取得した者に対しても、その効力を有する」（特許法 99 条）と定められている。つまり、通常実施権の発生後の特許権の移転などに関して、通常実施権が予め登録などされていなくとも当然に対抗できる制度となっており、一般に当然対抗制度と呼ばれている¹¹⁴。実用新案法、意匠法も同様の制度となっている。

一方、商標法においては、「通常使用権は、その登録をしたときは、その商標権若しくは専用使用権又はその商標権についての専用使用権をその後に取得した者に対しても、その効力を生ずる」（商標法 31 条 4 項）と定められており、通常使用権が、予め登録されていることが前提の登録対抗制度となっている。

実は、平成 23 年の特許法、実用新案法、意匠法の改正までは、特許法などにおいても、商標法同様の登録対抗制度が採用されていた。しかしながら、次に見るように、その不都合が指摘され、結果、当然対抗制度が導入された経緯がある。次項では、特許法などに当然対抗制度が導入されることとなった必要性和その許容性につき概観し、次々項では、商標法で登録対抗制度が維持された必要性和許容性について概観したい。

c 当然対抗制度導入について

登録対抗制度の時代、特許権などの通常実施権の登録はほとんど行われることはなかった¹¹⁵。登録すれば、その後の特許権の譲渡などに対抗できるにもかかわらずである。また、破産法との関係でも、登録は通常実施権者にとって有利であるにもかかわらず、やはり登録制度は活用されなかった¹¹⁶。

¹¹² もっとも、平成 26 年改正までは、複製権者の許諾を得ても、出版権者は他人に複製の許諾をすることができなかった。

¹¹³ 田村善之『著作権法概説 第 2 版』（有斐閣、2001）479 頁、中山信弘『著作権法 第 2 版』（有斐閣、2014）425 頁および島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門 第 2 版』（有斐閣、2016）238 頁など参照。

¹¹⁴ 中山・前掲注 107）471 頁、渋谷・前掲注 109）647 頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『特許法入門』（有斐閣、2014）234 頁および中村恭「通常実施権の当然対抗制度における契約承継の有無」L&T63 号（2014）3 頁など参照。

¹¹⁵ 特許制度研究会「特許制度に関する論点整理について—特許制度研究報告書—」（2009）7 頁参照。なお、改正直近の 3 年間で見れば、2010 年度 499 件、2011 年度 419 件、2012 年度 165 件となる（特許庁『特許行政年次報告書 2017 年版〔統計・資料編〕』72 頁参照）。

¹¹⁶ 補足すると、破産法 53 条 1 項が、双方未履行の双務契約に関して管財人に解除権を与えているため、（双方未履行の

通常実施権の登録がほとんど行われなかった理由としては¹¹⁷、①登録のための手続きや費用が負担となること（特に、電機製品や自動車などの場合、1つの製品に多数の特許権が関与することが多く、許諾を受ける通常実施権の数も多数にのぼる。その全てを登録するとすると手続き的にも費用的にも負担は大きい。なお、特に重要な一部のみ登録すれば良いのではないかと疑問も持つかもしれないが、いずれの通常実施権も、技術的に特許発明を迂回することが難しいと判断して許諾を得ている以上、一部のみ登録するというのは実際的には意味がない）、②登録によって、競争上秘密としたいライセンス契約（通常実施権の許諾に際して締結される契約を、以下ライセンス契約と呼ぶ。なお、ライセンス契約には、通常実施権の許諾に関する事項のみならず、ライセンス料の支払いなど様々な事項が規定されるのが通例である。）の存在および内容が公になること、③実務上多用されるクロス・ライセンスなどの場合、包括許諾であることが一般的であり、対象特許権が個別に特定されていないため、通常実施権に係る特許権を個々に特定する必要のある登録制度と適合しないこと、④登録は共同申請で行うべきところ、ライセンス契約に特約などが無い限り、特許権者に登録に協力する義務はないと解されている上¹¹⁸、そもそも特許権者には登録によるメリットがないこともあってライセンス契約に特約が付されることもまれであること、などが指摘されている。

そこで、平成23年改正前も、登録制度を少しでも利用しやすくするため、包括許諾の場合に対象となる特許権を個別に指定することなく登録できる特定通常実施権登録制（産業活力特別措置法）が導入されたり、登録事項を減らしかつ一般公開される事項も制限したりといった手当が行われたが、それでも登録数が大きく増加することはなく、登録制度自体の限界が認識されるようになった¹¹⁹。結果、平成23年改正において、当然対抗制度が導入されることとなったのである。

当然対抗制度導入を提言した産業構造審議会知的財産政策部会の報告書¹²⁰では、制度導入の必要性として、①1つの製品に多数の通常実施権が許諾されることも多く、その場合、登録が困難であること、②ライセンス契約上の詳細な条件を全て登録することは困難であること、③登録は共同申請主義だが、特許権者に協力義務がないこと、④グローバルビジネス時代、制度の国際的調和が重要であるが、登録対抗制度の国は少ないこと、⑤オープン化・複雑化を機に、通常実施権の保護の必要性が高まっていること、⑥外資による特許権取得などが増え、未登録通常実施権者に対する権利行使のおそれが増大していること、⑦当然対抗制度の導入によって破産管財人の解除権から保護される通常実施権が増えること、などをあげる。そしてその上で、当然対抗制度導入の許容性として、⑧特許権は無体物に関する権利であり、かつ、通常実施権は特許権に対する制約が小さいこと、⑨従来から、法定通常実施権には当然対抗が認められていたこと、⑩実務上、特許権の譲り受けに際しては、デュー・デリジェンスが行われていること、⑪破産手続きを介して特許権を取得する者は、様々な制約付きであるリスクを織り込み済みであること、⑫任意売却の場合は、破産管財人を通じて、通常実施権の存否などの確認ができること、⑬特許権が執行手続きの対象となる事例はほとんどないこと、⑭現状、通常実施権の移転などの第三者対抗要件は登録であるが、指名債権譲渡の場合の対抗要件によっても対応可能であること、などをあげている。

ところで、前記審議会報告書は、実用新案権について、特許権と一括してライセンスされる場合、特許権と異なる扱いをすると、1つのライセンス契約中に対抗可能な権利と対抗不可能な権利とが混在することになるとして、当然対抗制度の導入を提言する¹²¹。また、産業構造審議会知的財産分科会意匠制度小委員会の報告書である「特許法改正検討項目の意匠法への波及等について」（平成

双務契約の一種である）ライセンス契約についても、例えば、特許権者が破産した場合、破産管財人は、ライセンス契約を解除することが可能となり、通常実施権の存在を前提に事業を行っている通常実施権者は酷な立場に置かれることになる。しかしながら、破産法56条1項が、「賃借権その他の使用及び収益を目的とする権利を設定する契約について破産者の相手方が当該権利につき登記、登録その他の第三者に対抗することができる要件を備えている場合には」破産管財人の解除権が制限される旨を定めているため、通常実施権の対抗要件である登録を行えば、特許権者破産時でも、ライセンス契約が解除されることはなくなる。（小川秀樹他「新破産法の解説(3)」NBL790号（2004）24～25頁参照）

¹¹⁷ 渋谷・前掲注109）647頁および茶園成樹「通常実施権の対抗要件制度について」特許研究51号（2011）7頁および産業構造審議会知的財産政策部会『特許制度に関する法制的な課題について』（平成23年2月）1頁および中山信弘＝小泉直樹編『新・注解特許法 第2版【中巻】』（青林書院、2017）1604頁〔林いづみ〕参照。

¹¹⁸ 最判昭和48年4月20日民集27巻3号580頁。

¹¹⁹ 渋谷・前掲注109）647頁および茶園・前掲注117）7～8頁参照。

¹²⁰ 産業構造審議会知的財産政策部会『特許制度に関する法制的な課題について』（平成23年2月）1～4頁参照。

¹²¹ 産構審報告書・前掲注120）10頁参照。

23年2月)では、意匠権について、個々の製品単位で見た場合、特許権の場合のように多数の通常実施権が関与するということは通常あり得ないが、もし、特許法と歩調をあわせて当然対抗制度を導入せず登録対抗制度を維持すると、「例えば、事業譲渡時等に、製造施設だけを譲渡し、意匠権や特許権等については譲渡せず一括してライセンス契約を締結するような場合、第三者に対抗するためには包含される意匠権のみ通常実施権を登録しなければならず、ライセンス契約の管理を煩雑にしてしまう。また、一括的なライセンス契約に含まれる意匠権の通常実施権を登録しなかった場合、更に譲渡された者との関係で、特許については実施できるが、当該意匠のみの実施ができないという状況が生じることとなり、実務上の不利益を生じることが懸念される。」と述べて、やはり当然対抗制度導入の必要性を指摘する。なお、両報告書は、特に言及しないが、特許法に当然対抗制度を導入する必要性と許容性を述べた前記②～⑭は、そのまま実用新案法や意匠法の場合に当てはまるものと思われる。

d 登録対抗制度の維持について

産業財産権制度のうち、商標法に関しては、当然対抗制度が導入されず、登録対抗制度が維持された。これに関して、第24回商標制度小委員会の資料「特許法改正検討項目の商標法への波及について【一覧表】」は、次のような理由を挙げている。すなわち、(A)特許権と異なり、実務上、1つの製品について多数の商標ライセンス契約が締結されているといった複雑な状況は考えられず通常使用権が登録できない決定的な事情は見当たらないこと、(B)第三者(譲受人)が、意に反して通常使用権が付いた商標権を取得してしまった場合、譲受人に係る商品と通常使用権者に係る商品の両方に同一の商標が付されると、当該商標が付された商品の出所や品質の同一性が確保できなくなり、当該商標がその機能を発揮できなくなるおそれがあること、(C)譲受人(商標権者)のコントロールが及ばない対抗力を有する通常使用権者が存在した場合、不正使用取消審判(商標法53条)によって商標登録が取り消されるリスクもあり得るし、あるいは商標が普通名称化するリスクもあり得ること、(D)上記(B)(C)を踏まえると、通常使用権の商標権に対する制約は、特許権の場合と比較してはるかに重いと思われること、の4点である。

e 著作権法制への示唆

以上を踏まえて、著作権の利用許諾に関する対抗制度の在り方に関して、どのような示唆がえられるか、簡単に考察してみたい。

(a) これまでの経緯

平成16年の破産法改正に当たって、双方未履行の双務契約であっても、第三者対抗要件を備える場合、破産管財人の解除権から保護されるとの規定が導入される見込みであったことを踏まえ¹²²、文化審議会著作権分科会報告書(平成16年1月)は、「現行制度との整合性や破産法における双方未履行契約における破産管財人の解除権制限に対する改正案の内容から、著作権制度において、利用許諾契約に基づく利用者の保護を図るとすれば、それは対抗要件の制度によるべきである。この場合、現行制度を前提とすれば、登録による公示の制度を基本とすべきである」としつつ、「申請に係る手続きの煩雑さや利用許諾契約の内容が公示により明らかになることは取引内容の秘密保護の点で支障があるなどの意見に配慮し、現行の著作権等に関する登録制度の仕組みにとらわれることなく、申請手続、公示される内容等についてはできるだけ利用者の要望に配慮した制度になるよう、著作物等を利用する権利を識別し得る最低限の情報を公示するだけの簡易な制度も含め登録制度の在り方について十分に検討する必要がある。」と提言した。もっとも、「利用者の保護については、知的財産権全般に通じる制度設計が求められているところであり、著作権制度のみが特別な対抗要件制度を設けることは適切ではないので、他の知的財産権における同様の検討を待った上で、整合性のある制度にすべきである。」とも指摘していた。

その後、特許法で特定通常実施権登録制度が整備されたことなどを受け、「特許等におけるライセンシーの保護については、新たな制度の創設により対応が図られたところであり、著作権制度についても関係者の意見を踏まえながら、具体的な制度設計を検討する必要性が生じた。」との認識のもとに、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会は、特定通常実施権登録制度に類似する登録制

¹²² 『破産法等の見直しに関する中間試案と解説』(2002、商事法務)108～110頁参照。

度の整備を提案した（文化審議会著作権分科会法制問題小委員会平成19年度・中間まとめ）。

しかしながら、その後、登録制度が整備されることはなく、今日に至っている。そしてその間に、特許法、実用新案法、意匠法においては、特定通常実施権登録制度を含む、通常実施権の登録制度が全て廃され、当然対抗制度が導入されたのは、既にみたとおりである。

(b) 当然対抗制度導入の可能性

これまでの経緯、および、知的財産法全体での整合性を考えると、仮に、著作権の利用許諾に対抗制度を整備するとした場合、その第一候補は、当然対抗制度となろう。そこで、以下では、特許法において、当然対抗制度の導入の必要性および許容性としてあげられた諸事項が、著作権法にも当てはまるか否かを検討したい。

(i) 必要性

まず、特許法の場合と同様に必要性が肯定されるものをあげると：

- ・1つの作品に多数の利用許諾がなされる場合、登録が困難である（特許法の①）

書籍や絵画、彫刻などの場合は、仮に利用許諾がなされるとしても、1作品あたり、原則1つの利用許諾ということになるであろうから、著作権の利用許諾に登録対抗制度を採用したとしても、数や費用の点で登録が困難であるとはいえない。

しかしながら、雑誌や、百科事典、CDアルバム、映画、ゲーム、コンピュータプログラムなどを考えると、1作品当たり、多数の利用許諾がなされることが通例であり、このような場合に登録を求めるのが困難であるのは、特許法の場合と異ならない。

- ・利用許諾契約上の詳細な条件を全て登録することは困難である（特許法の②）

仮に登録対抗制度を採用した場合に、利用許諾契約上の詳細な条件を登録するのが困難であるのは、特許法の場合と同様である。

- ・グローバルビジネス時代、制度の国際的調和が重要であるが、登録対抗制度は一般的ではない（特許法の④）

本調査で調べた限りでは、利用許諾一般について登録を第三者に対抗するための要件とする国はなかった。なお、米国では独占的ライセンスを対抗するためには、登録が必要とされているが、米国において独占的ライセンスは譲渡とみなされることに留意する必要がある。また、中国では、独占的ライセンスについて、登録を対抗要件とする法改正が検討されているが、現時点では法律化していない。

- ・オープン化・複雑化を機に、利用許諾を保護する必要性が高まっている（特許法の⑤）

コンピュータプログラムについては、オープン化・複雑化は工業製品同様に進んでいるため、その基盤となる利用許諾の保護の必要性も、特許法の場合と同様に高まっているといえよう。また、著作物一般を見ても、デジタル化、インターネット化の進展により、2次利用、3次利用が進む傾向にあり、同じくその基盤となる利用許諾を保護する必要は高まっているといえる。

- ・外資による著作権の取得などが増える結果、登録対抗制度にした場合、未登録の利用許諾に対する権利行使のおそれが増大する可能性がある（特許法の⑥）

日本のコンテンツが世界的な注目を集める中、外資が著作権の譲渡を受ける機会は増えるだろう。その場合、従来の我が国の慣行とは異なり、積極的な権利主張を行ってくる可能性は否定できない。

一方で、次の点については、特許法の場合とで、当然対抗制度導入の必要性について事情を異にする：

- ・登録に関する、著作権者の協力義務（特許法の③）

特許法の場合、特許権者に登録に協力する義務がないことが登録対抗制度の問題点としてあげられているが、著作権法で対抗制度を新設する場合は、権利者の登録協力義務を法定することは不可能ではない。よって、この点は、当然対抗制度導入の必要性には直ちに繋がらない。

- ・対抗制度の導入によって破産管財人の解除権から利用許諾が保護されるようになる（特許法の⑦）

特許法の場合は、実務的に利用しがたい制度であったとはいえ、通常実施権が破産管財人

の解除権からの保護を受けるための手法として、登録対抗制度が存在した。一方で、著作権法には、利用許諾を、破産管財人の解除権から保護する制度が皆無である。結果、登録対抗制度または当然対抗制度のいずれであっても、とにかく対抗制度が整備されれば、利用許諾を受けた者の保護が進むことは間違いない。その限りでは、この点は、当然対抗制度導入の必要性には必ずしもつながらないということになる。

もっとも、既に特許法において、登録対抗制度では不十分とされた経緯を踏まえると、著作権法の場合は、登録対抗制度でも十分に機能し利用されるという想定がなければ、少なくとも破産法との関係で、今、敢えて登録対抗制度を導入することの説明は不可能である。この点ここまで見てきたように、著作権法においても登録対抗制度が機能し活用される可能性は少ない。よって、破産法との関係で対抗制度を整備するのであれば、少なくとも登録対抗制度よりは活用されやすい制度であるべきといえ、当然その候補には、当然対抗制度が含まれる。

(ii) 許容性

次に、当然対抗制度導入の許容性について見てみよう。

- ・著作権は無体物に関する権利であり、かつ、利用許諾は著作権者に対する制約が小さい（特許法の⑧）

著作権も特許権も、無体物に関する権利という点では共通し、また通常実施権と利用許諾は、いずれも権利者に対する不作為請求権、すなわち債権的な権利であるという点も異ならないから、対抗が認められても、（新）権利者としては、利用許諾を受けた者による利用行為を受忍すれば良いだけであり、制約は小さいといえる。

- ・実務上、著作権の譲り受けに際しては、従来から著作権入手の経緯のなどの確認や表明・保証などが行われている（特許法の⑩）

著作権の場合、特許権とは異なり、無方式主義で発生するため、目の前の取引相手が本当に著作権を所有しているかについて、著作権入手の経緯（原始的著作権者の場合は著作の状況、承継的著作権者の場合は譲渡契約書の存否・内容などの権利取得の状況など）の確認や著作権の保有に関する表明・保証などが行われており、その一環として利用許諾の存否・内容について確認が必要となることは過大な負担ではない。

- ・破産手続きを介して著作権を取得する者は、様々な制約付きであるリスクを織り込み済みである（特許法の⑪）
 - ・任意売却の場合は、破産管財人を通じて、利用許諾の存否などの確認ができる（特許法の⑫）
- 上記2つについては、特許権の場合と著作権の場合で異なるところはない。
- ・特許法の場合は、当然対抗制度導入前は、通常実施権の移転などの第三者対抗要件は登録であったところ、当然対抗制度導入（によって登録制度が廃止された）後は、指名債権譲渡の場合の対抗要件によっても対応することとされたが、著作権法の場合、現状でも利用許諾の移転などの第三者対抗要件は指名債権譲渡のそれであり、仮に当然対抗制度を導入しても状況は変わらない。（特許法の⑭）

一方、許容性に関して、特許法の場合と事情を異にするのは次の点である。

- ・特許法の場合、通常実施権のうちでも、いわゆる法定通常実施権は、登録なしで対抗できる当然対抗の状況にあった。この点著作権法とは事情が異なる。（特許法の⑨）
- ・特許権の場合、執行手続きの対象となる事例はほとんどないとされているが、著作権の場合にどうであるかは、必ずしも定かではない。ただ、本調査で行ったアンケート調査においては、執行手続きとの関係する事項について触れるものがなかったことを踏まえると、状況は大きく異ならないのではないかと推測は可能である。（特許法の⑬）

(iii) 小括

以上を踏まえると、著作権の利用許諾に関して当然対抗制度を導入することについては、必要性においても、許容性においても、特許権などにおける通常実施権の場合とほぼ同様の状況にあると評価することができよう。一方で、商標法において、登録対抗制度を維持すべき理由として挙げられたものは、いずれも商標権の特殊性に由来すると考えられ、著作権の場合には当てはまらないといえる。

(iv) 著作権法特有の事情について¹²³

最後に簡単に、著作権法特有の事情について触れておきたい。

まず、著作権の場合、権利の存続期間が最短でも創作から 50 年間であり¹²⁴、特許権に比して長期間である。結果、当該期間中に、権利者の側の事情変更、すなわち、権利の移転や権利者の破産などの状況が発生する可能性は高まると言わざるをえず、特許法の場合以上に、利用しやすい対抗制度導入の必要性は大きいといえることができる。

次に——利用許諾を受けた者（特許法の場合、通常実施権者）が、権利の譲受人すなわち新特許権者に対抗する場面ではなくて——新特許権者が利用許諾を受けた者（または通常実施権者）に対して自らの権利を主張する場面においては、著作権法においても特許法においても、新特許権者は権利の譲り受けを登録する必要がある（正確に言えば、著作権法においては、登録は権利譲渡の第三者対抗要件であり、利用許諾者は登録の欠缺を主張するにつき正当な権利を有する第三者に当たる（著作権法 77 条 1 号）。一方、特許法においては、登録は権利譲渡の効力発生要件である（特許法 98 条 1 項 1 号））ところ、著作権法の場合、譲渡の登録自体もほとんど行われていないという状況にある¹²⁵。結果、現状では、（対抗制度がないために）利用許諾を受けた者は新著作権者に対抗できない一方で、新著作権者も（登録を行っていないために）利用許諾を受けている者に対抗できないというのが実情である。この点、特許法の場合は、通常実施権はほとんど登録されていないとしても、効力発生要件である関係から、権利譲渡は原則登録される状況にあったため、登録対抗制度の時代は、特許権者が一方的に有利な状況にあった¹²⁶。それを、当然対抗制度によって、一気に逆転させてしまったわけである。これに対して、著作権法の場合は、仮に当然対抗制度を導入したとしても、実際問題としては、新著作権者の立場は現状とそれほど大きく異ならないといえることができる。

なお、付言すれば、一つのライセンス契約中に、著作物の利用許諾と特許権などの通常実施権の許諾とが併存する場合も考えられる（例えば、ビデオゲームを含むコンピュータプログラムの場合は著作権と特許権、実用品のデザインの場合は著作権と意匠権など）。この点、侵害者に対する差止めの場合と違って、対抗の場合は、許諾された権利の一つでも対抗できないと、ライセンシーとしては困難な状況に追い込まれる。その意味では、著作権法に、利用許諾に関する対抗制度を導入するに当たっては、すでに特許法や意匠法などで当然対抗制度が採用されていることを、十分に考慮する必要がある。

(i) 契約の承継

a 古くて新しい問題

ライセンス契約の新特許権者への承継問題は、特許法などにおいては、古くて新しい問題である。従来、利用許諾について対抗制度を持たなかった著作権法とは異なり、特許法などにおいては、登録を必要とするとはいえ、通常実施権の対抗制度が存在した。そのため、特許権などの譲渡に際して、通常実施権者が、特許権の譲受者（以下、新特許権者）に対抗できるとは果たして何を意味するのか、もっと言えば、特許権の譲渡者（以下、旧特許権者）と通常実施権者の間で締結されたライセンス契約が新特許権者に（どこまで）承継されるのか、という問題は、当然対抗制度の導入以前からずっと存在する問題であった¹²⁷。

¹²³ 特許法に当然対抗制度が導入される前のものであるが、著作権の利用許諾を得たライセンシーの保護に関して包括的に検討するものとして曾野裕夫「著作権ライセンス契約におけるライセンシーの地位の保護のありかた」知的財産法政策学研究 9 号（2005）135 頁以降および松田俊治「著作権ライセンス取引（利用許諾）を巡る法的諸問題」コピライト 576 号（2009）2 頁以降がある。

¹²⁴ 例えば、法人などが著作の名義を有する著作物が公表されなかった場合、その著作権は創作から 50 年間存続する（著作権法 53 条 1 項）。一方で、個人が創作し実名を付した著作物の場合は、著作者である個人の生存期間中及びその死後 50 年間存続する（著作権法 51 条）。

¹²⁵ 例えば直近 3 年間で見ると、プログラムの著作物について平成 26 年度 390 件、平成 27 年度 31 件、平成 28 年度 53 件（一般財団法人ソフトウェア情報センター調べ）であり、プログラム以外の著作物について平成 26 年度 110 件、平成 27 年度 133 件、平成 28 年度 878 件（文化庁著作権課調べ）となる。

¹²⁶ 直近 3 年で、年平均 2 万件近くの権利移転（相続・合併を除く）が登録されている（特許庁『特許行政年次報告書 2017 年版〔統計・資料編〕』72 頁参照）。

¹²⁷ 中村・前掲注 114）2 頁、林・前掲注 117）1607 頁および「特許法改正の意義と課題 座談会」ジュリスト 1436 号 20 頁〔中山信弘発言〕参照。

しかしながら、従来は、そもそも通常実施権が登録されることが少なかったため、対抗が問題となることも少なく、ひいては、ライセンス契約の承継が問題となることも少なかった。それが、当然対抗制度の導入によって、全ての通常実施権が新特許権者に対して対抗可能となったため、結果として、ライセンス契約の承継に関する問題も顕在化する可能性が高くなり、改めて注目されるようになったわけである¹²⁸。

その意味では、当然対抗制度の導入に合わせて、ライセンス契約の承継問題について、何らかの立法的手当をすることも考えられた。しかしながら、当然対抗制度の導入を提言した産業構造審議会知的財産政策部会の報告書¹²⁹は、「現行法と同様、特許法では特段の規定を設けないことが適当である」と結論づけ、実際、何らの立法措置も行われなかった。その背景には、「ライセンス契約においては、通常実施権の許諾の合意そのもののみならず、ライセンス料の支払い、技術情報やノウハウの提供等、様々な債権・債務に関する合意がなされている。また、包括ライセンス契約や、クロス・ライセンス契約等、多種多様な契約形態が見られる。そのため、通常実施権が特許権の譲受人（第三者）に対抗可能な場合に、通常実施権者と特許権の譲渡人との間のライセンス契約関係が通常実施権者と特許権の譲受人（第三者）との間に承継されるか否かについては、個々の事案に応じて判断されることが望ましいと考えられる。」との認識が存在した。これは、後に見る一部承継説に基づく考え方といえるだろう。

b 対抗と承継

最初に、通常実施権の対抗と、ライセンス契約の承継との関係について整理しておきたい。

特許権者は、特許権の全範囲について通常実施権を許諾することもできれば、許諾の範囲を特許権の一部に限ることもできる（特許法 78 条 2 項）。仮に、範囲が設定された場合、通常実施権者はその範囲内で特許発明を業として実施をすることができるが、これは裏返せば、当該範囲内での業としての実施に限って、通常実施権者は特許権者に対して、差止請求権等の不行使を求める不作為請求権を有するに過ぎないということを意味する¹³⁰。

以上の点は、特許権が旧特許権者から新特許権者に譲渡された場合も異ならない¹³¹。すなわち、通常実施権は、かつては予め登録をすれば、また現在は当然に、新特許権者に対抗できるが、（旧特許権者による）許諾の際に、通常実施権に範囲が定められていた場合、当該範囲内でのみ新権利者に対抗できるに過ぎない。なぜなら、通常実施権の対抗とは、特許権者が変わっても、通常実施権者は、特許権者に対して従前通り差止請求権等の不行使を求めることができるという意味であり、旧特許権者に対して不行使を求めることができる範囲が限られているのだとすれば、同様の限定は新特許権者に対しても存在しなければおかしいからである。

通常実施権の範囲の制限とは何を意味するか。この点、「特許権は、その存続期間中、日本国内で特許発明を独占的に実施することを内容とする権利であるから¹³²」通常実施権の範囲は、「この特許権の権利内容に即して、期間、地域、および実施内容の観点から制限することができる¹³³」と解される。具体的には、実施ができる期間、実施ができる地域、実施の内容（実施できる特許発明、実施の方法など）一般に、通常実施権の範囲に当たると解されているのは、許諾の対象となる特許発明、実施が可能な地域、実施をすることができる期間、実施態様の種類、対象製品などについての特定や限定などである¹³⁴。

¹²⁸ 中山・前掲注 127) 20 頁参照。なお、筆者がデータベースを検索する限り、平成 23 年改正以降現在までの間に、対抗や承継の可否・範囲などについて争われた裁判例は見当たらなかった。

¹²⁹ 産業構造審議会・前掲注 117) 4 頁。

¹³⁰ 前掲注 109 参照。

¹³¹ 茶園・前掲注 117) 11 頁、愛知靖之「アメリカにおける当然対抗制度」日本工業所有権法学会年報 35 号（2011）128 頁、横山久芳「ドイツにおける当然対抗制度」前掲年報 156～157 頁および丸山絵美子「特許権の譲渡とライセンサーの地位の移転」L&T74 号（2017）46 頁参照。

¹³² 島並他・前掲注 114) 225 頁。

¹³³ 島並他・前掲注 114) 225 頁。

¹³⁴ 島並他・前掲注 114) 225 頁、中村・前掲注 114) 5 頁、茶園・前掲注 117) 11 頁および林・前掲注 117) 1607 頁など参照。なお、基本的には、通常実施権の登録が可能であった時代に、通常実施権の範囲として実務的に登録可能であった事項と一致するものと思われる（中村・前掲注 114) 5 頁参照）。ちなみに、通常実施権に関して、独占許諾である旨は登録できなかった。また、ライセンス料に関する事項については、平成 20 年特許法改正以降、登録事項から外された。この点について、石井美緒「特許権の通常実施権の当然対抗制度とライセンス契約関係の承継」法律論叢 84 巻 6 号（2012）364 頁および 377 頁注 28 参照。

ところで、通常実施権の許諾は、遺言のような単独行為で行うこともできるが、通常はライセンス契約の形をとることが多い¹³⁵。この契約には、通常実施権の範囲に関する定め他に様々な事項が規定される¹³⁶。ほとんどの場合、ライセンシーである通常実施権者が、ライセンサーである特許権者に対して、ライセンス料を支払うことが規定されるだろう。また、改良発明の報告義務も規定されるかもしれない。一方で、ライセンサーがライセンシーに、特許発明の実施に際して必要となるノウハウや部品部材を提供することや、独占許諾を約すること、サブライセンス権を付与することなどが規定されることもある。このようにライセンス契約には、様々な事項が規定されるが、特許法によって、新特許権者に対抗できるのは、そのうち、通常実施権の範囲に係る定めだけである¹³⁷。それ以外の定めが、对新特許権者でも有効か否かは、ライセンス契約の承継問題として概念されるべきである¹³⁸。

c 否定説

まず、承継を否定する説から紹介したい¹³⁹。

この説によれば、ライセンス契約の承継について、特許法に特別の規定がない以上、民法の一般原則が適用されるべきということになる。この点、契約上の地位の移転については、譲渡人と譲受人の合意だけでなく、契約の相手方の承諾が必要とされる¹⁴⁰、これをライセンス契約の文脈に当てはめると、特許権の移転に際して、旧特許権者と新特許権者の間でライセンサーとしての地位の譲り渡し譲り受けについても合意した上で、契約の相手方であるライセンシーが承諾すれば、ライセンス契約は新特許権者に承継されることになる。裏返せば、この合意と承諾の（少なくとも）いずれかがかける場合、例えば、旧特許権者・新特許権者間で、ライセンサーとしての地位の移転について合意がなかった場合、また、仮に合意したとしても、それをライセンシーが承諾しなかった場合は、ライセンス契約は新特許権者に承継されないということになる¹⁴¹。

ところで、ライセンス契約には、旧特許権者しか履行できない内容が含まれることが少なくない

¹³⁵ 中山信弘＝小泉直樹編『新・注解特許法 第2版【中巻】』（青林書院、2017）1462頁〔城山康文〕および高林龍『標準特許法 第4版』（有斐閣、2011）192頁参照。

¹³⁶ 茶園・前掲注117）10頁および林・前掲注117）1607頁参照。

¹³⁷ ライセンス契約中の通常実施権の範囲に係る定めは、その範囲内であれば、特許発明の業としての実施について、通常実施権者が特許権者に対して、差止請求権等の不行使を請求できるという、まさに許諾された通常実施権の内容そのものを規定する側面をもっている一方で、通常実施権者が守るべき義務に関する規定という側面もある。その意味では、範囲付きの通常実施権を新特許権者に対抗できるということは、裏返せば、当該範囲に関する義務規定は新特許権者との関係でも有効であることを意味している。この点を強調すれば、ライセンス契約中、通常実施権の範囲に関する定め（＝当該範囲に関する通常実施権者の義務規定の部分）だけ、新特許権者に承継されるとみることでもでき、その場合、特許法の規定が、一部承継を前提としていると捉えることになる。一方で、それはあくまでも対抗の問題であって、ライセンス契約が承継されるか否かとは全く別とみる考え方もあり得る。その場合、最も極端な立場に立てば、ライセンス契約中の通常実施権の範囲に関する通常実施権者の義務規定の部分も、依然として旧特許権者との間で有効であり、それとは別に、旧特許権者が通常実施権の許諾に際して付した範囲で特許発明を業として実施する法定通常実施権が新特許権者に対して発生したと解することになろう（林・前掲注117）1608頁、中村・前掲注114）4頁および島並良「通常実施権の対抗制度のあり方」日本工業所有権法学会年報35号（2011）85頁参照）。

¹³⁸ 松田俊治「当然対抗制度の特許権の通常実施権への導入と今後に残された問題について」中山信弘＝斉藤博＝飯村敏明編・牧野利秋先生傘寿記念論文集（青林書院、2013）750頁および同「ライセンス契約法 第5回」Business Law Journal 2015年7月号80～83頁参照。もっとも、論者によっては、この問題は当然の前提として必ずしも明示されていない場合があり、ややこしい。

¹³⁹ 島並他・前掲注114）236頁、愛知・前掲注131）128頁、横山・前掲注131）156～157頁、島並・前掲注137）84頁、飯田圭「当然対抗制度」ジュリスト1436号（2012）57頁および飯塚卓也「当然対抗制度」ジュリスト1437号（2012）77～78頁など参照。

¹⁴⁰ 最一小判昭和30年9月29日民集9巻10号1472号参照。参考として、平成32年に施行される改正民法では、539条の2が「契約の当事者の一方が第三者との間で契約上の地位を譲渡する旨の合意をした場合において、その契約の相手方がその譲渡を承諾したときは、契約上の地位は、その第三者に移転する。」と定めている。（丸山・前掲注131）43頁参照。）

¹⁴¹ 以上から分かるように、否定説といっても、上記合意と承諾がある場合まで、それでも承継を否定するという立場ではない。あくまでも、合意または承諾が欠ける場合を念頭に置いた議論である。もっとも、丸山・前掲注131）48～49頁も否定説を採るが、「譲渡人・譲受人間でライセンサーの契約上の地位の移転が合意され、かつ、譲渡人によるライセンス契約上の債務の保証が伴う、あるいは、関係事業の譲渡などにより譲受人がむしろ履行能力を備える場合には、ライセンシーの承諾を問わず、ライセンサーの契約上の地位の移転を認めた」方が良いとする。

が¹⁴²、そのような場合、否定説が妥当といえる¹⁴³。例えば、ライセンス契約に、特許権者が特許発明の利用を許諾する他に、特許発明の実施をする上で必要なノウハウをライセンシーに継続的に¹⁴⁴提供することが規定されていたとしよう。上記ノウハウは、旧特許権者のみが保有するものとした場合（通常はそうだろう）、仮にライセンス契約が新特許権者に承継されても、新特許権者はノウハウを提供できない。もし、ライセンス契約が承継されるとすると、新特許権者にはそもそも履行が不可能な義務を、引き受けさせることになってしまう。また、ライセンシーの側から見ても、契約が承継されたといっても、必要なノウハウが提供されない以上、ライセンシーが特許発明の実施をすることは実質的に不可能となる。そのような場合に、債務不履行を理由に損害賠償を請求しても何らの解決にならないし、ましてや契約を解除することは、自分で自分の首を絞めるようなものである。同様のことは、ライセンス契約に、特許発明の実施に不可欠な、部品や原材料などをライセンサーがライセンシーに提供すること（多くは有償）が定められている場合にも当てはまる。つまり、これらの場合、民法の一般原則を曲げて承継させても、益するところはない、という議論になる。

もっとも、否定説に対しては、様々な批判がある。例えば、きわめて単純に、特許発明の実施の許諾とその対価としてのライセンス料の支払いだけが決められているライセンス契約の場合、旧特許権者にしか履行し得ない内容は存在しないといえるだろう¹⁴⁵。また、仮に、ノウハウや部品部材などの提供が定められている場合であっても、特許権の譲渡が事業譲渡に伴って行われるような場合、ノウハウなどの提供能力を有するのは、旧特許権者ではなくて新特許権者ということになるだろう¹⁴⁶。にもかかわらず、これらの場合まで、承継を否定する必要があるのだろうか。さらに、サブライセンス権の付与の定めについても、新特許権者に承継されると解しないと、意味がないのではと懸念される。

そして、否定説の最大の問題点は、旧特許権者、新特許権者、ライセンシー間の複雑な三者関係が発生し、維持されてしまうところにある¹⁴⁷。否定説の場合、特許権の譲渡後も、ライセンス契約自体は、旧特許権者とライセンシーの間に存続することになる。そのため、例えば、ライセンシーは、ライセンス料を旧特許権者に支払わなければならない¹⁴⁸、新特許権者は旧特許権者からライセンス料を受け取る形になる。また、ライセンシーがライセンス料を支払わなくなった場合、新特許権者は旧特許権者に代位して、旧特許権者が有する解除権を行使することになる。このように少し見るだけでも、複雑な関係になることは言うまでもない¹⁴⁹。

d 肯定説

次に肯定説である。

不動産賃貸借においては、賃借人が対抗要件を備えている場合、賃貸借契約は、不動産の譲受人

¹⁴² 茶園・前掲注 117) 10 頁および林・前掲注 117) 1607 頁参照。

¹⁴³ 中村・前掲注 114) 4 頁、茶園・前掲注 117) 10 頁および片山英二「当然対抗制度の導入と実務上の諸問題」日本工業所有権法学会年報 35 号（2011）93 頁参照。

¹⁴⁴ 一般に、ライセンス契約が承継されることの問題点として、特許権者によるノウハウ提供義務の存在があげられる。ただ、ノウハウの提供と一口に言っても、様々な形態がある。例えば、本文にあげたように、契約期間中、継続的なノウハウの提供が定められている場合もあれば、特許発明の実施に関する事業を立ち上げる時点でノウハウの提供が求められる場合もある。前者の場合、ライセンス契約が承継されるとライセンシーにとって問題が生じるが、後者の場合は特許権の譲渡がノウハウの提供後である限り（多くの場合、そうだろう）ライセンシー側に実質的な問題はない（末吉互「特許法改正を読み解く 当然対抗制度導入で変わる『対抗』の意味—不動産賃貸借制度の視点から—」ビジネス法務 2011 年 9 月号 79 頁参照）。後者の場合、問題があるとすれば、旧権利者から提供されたノウハウを、契約の承継後も（つまり、旧権利者と契約関係がなくなった後も）、利用し続けることができるかどうかという点に絞られる。

¹⁴⁵ 茶園・前掲注 117) 10 頁参照。

¹⁴⁶ 片山・前掲注 143) 93 頁参照。

¹⁴⁷ 中村・前掲注 114) 5 頁および松田・前掲注 138) 750 頁参照。

¹⁴⁸ 特許権は新特許権者が保有するのだからと、勝手に新特許権者にライセンス料を支払った場合、旧特許権者はライセンス契約の解除を主張するだろう。では、解除は認められるのか。仮に認められるとして、その場合通常実施権は消滅するのだろうか。関連して、鎌田薫「当然対抗制度と民法理論」日本工業所有権法学会年報 35 号（2011）116 頁参照。

¹⁴⁹ ライセンス契約関係が、旧特許権者とライセンシーの間に存在し続ける一方で、通常実施権は新特許権者に対抗できるのであるから、ライセンシーは新特許権者に対して、自らが行う特許発明の業としての実施について、差止請求権等を行使しないことを求める不作為請求権を有する。本来この不作為請求権は、ライセンス契約から発生したものであるが、このようになるとライセンス契約とは離れて一種の法定通常実施権と化しているようにも見える（中村・前掲注 114) 4 頁、林・前掲注 117) 1608 頁および島並・前掲注 137) 84 頁参照）。

に承継される¹⁵⁰。肯定説は、ライセンス契約を不動産の賃貸借契約に相当するものと位置づけ、ライセンシー（＝通常実施権者）が対抗要件を備えている場合——登録対抗制度の場合は登録をしている場合、当然対抗制度の場合は特段の手続きを必要としない——ライセンス契約は新特許権者に承継されると考えるわけである¹⁵¹。

肯定説の最大のメリットは、否定説と比べて、当事者間の関係がシンプルになることである。通常実施権を許諾しライセンス料を受け取るだけの単純なライセンス契約の場合や、ノウハウ等の提供義務が存在するライセンス契約であっても、事業譲渡とともに特許権が譲渡されるような場合は、旧特許権者とライセンシーの間にライセンス契約が残存すると考えるよりも、新特許権者に承継されとした方が、ずっとシンプルである。

一方で、そのような条件が満足されない場合は、否定説のところで見たように、承継自体の意味が問われることになる¹⁵²。

このような議論となるのは、結局、不動産賃貸借契約の場合に承継が肯定される背景には、その権利義務関係が定型的であって、賃貸人が誰であるかによって影響されないという事情が存するところ、そのような定型性を期待できないライセンス契約を、不動産賃貸借同様に処理することに無理があるからと理解することになる¹⁵³。

e 一部承継説

以上のように、否定説・肯定説共に問題を抱えるために、部分的な承継を主張するのが一部承継説となる。様々なバリエーションがあり得る¹⁵⁴。例えば、当然対抗の性質に反しない限り承継されるとする考え方や¹⁵⁵、事業譲渡と共に特許権が譲渡される場合のみ、当該特許権にかかるライセンス契約は承継されるという考え方がある¹⁵⁶。また、通常実施権の許諾とライセンス料の支払いのみを定めた単純な契約の場合のみ新特許権者に契約は承継されると解する説もある¹⁵⁷。さらに、様々な権利義務が定められているライセンス契約中、通常実施権の許諾に関する部分とライセンス料の支払いに関する部分のみが承継されるという考え方もある^{158・159}。ライセンス契約中、ライセンス料の支払いについて定めた部分は当然承継されるが、それ以外の部分はライセンシーの保護と取引の安全との調整から個別に判断されるべきとする立場もある¹⁶⁰。

f 独占的ライセンスの保護制度

特許法には、専用実施権の制度が存在し、専用実施権が設定された場合、専用実施権者が特許発明を実施する権利を占有するから（特許法 77 条 2 項）、特許権者は自ら特許発明を実施すること

¹⁵⁰ 大判大 10・5・30 民録 27 輯 1013 頁、また、状態債務論（我妻榮『債権各論中巻一（民法講義 V2）』（岩波書店、1957）420 頁）参照。なお、改正民法 605 条の 2 第 1 項は、民法 604 条、借地借家法 10 条または 31 条などの規定による「賃貸借の対抗要件を備えた場合において、その不動産が譲渡されたときは、その不動産の賃貸人たる地位は、その譲受人に移転する。」と定める。

¹⁵¹ 中山信弘＝小泉直樹編『新・注解特許法 【上巻】』（青林書院、2011）1377 頁〔林いづみ〕参照。もともと、この立場も、承継が合理的でないものは承継を否定すべきとするので、実際には一部承継説といえるかもしれない。関連して、中村・前掲注 114）4 頁参照。

¹⁵² 飯塚・前掲注 139）78 頁は、肯定説をとっても、契約上の地位の譲渡禁止特約の有効性を否定できないとすると、否定説との差は、実務上あまり大きくないと指摘する。

¹⁵³ 鎌田・前掲注 148）114～115 頁参照。

¹⁵⁴ ここにあげた他にも、中村・前掲注 114）6～7 頁や財団法人知的財産研究所『知的財産の適切な活用のあり方に関する調査研究報告書』（2007 年 3 月）65 頁なども参照。

¹⁵⁵ 末吉・前掲注 144）79 頁参照。

¹⁵⁶ 片山・前掲注 143）93 頁参照。

¹⁵⁷ もともと、この説を主張する茶園・前掲注 117）11 頁は、通常実施権の範囲の定めを緩やかに解し、実施行為に関連する制限（例：原材料の購入先の制限や実施品の販売先の制限など）もそこに含まれるとするので、契約は承継されないが、対抗の結果として、通常実施権者は前記制限を遵守する義務を新特許権者に対して負うとする。

¹⁵⁸ 「シンポジウム 通常実施権：当然対抗制度を中心に 一質疑応答」日本工業所有権法学会年報 35 号（2011）173～174 頁〔鎌田薫発言部分〕参照。

¹⁵⁹ なお、中山・前掲注 107）475～476 頁は、いずれの説に帰一するか不明確な以上、旧特許権者、新特許権者、通常実施権者の 3 者で契約する他に解決はなく、現状はそうすることのインセンティブとなっているとする。林・前掲注 117）1608～1609 頁も参照。

¹⁶⁰ 石井・前掲注 134）369～374 頁参照（なお、営業秘密の提供義務、クロス・ライセンス関係、独占性などは承継させべきではないとする）。

も、他人に専用実施権を設定したり、通常実施権を許諾したりすることもできなくなる。つまり、特許発明の実施に関して、専用実施権者の独占状態が確保されるわけである。しかしながら、専用実施権は当事者間の契約だけでは発生せず、登録を必要とするところ、専用実施権が登録される例は少ない¹⁶¹。

では、現状、特許発明の独占的な実施を確保したい者はどうするのか。この点、一般的に採用されているのは、ライセンス契約において、通常実施権の許諾にあわせて、独占許諾である旨を特許権者に特に約束させる方法である（以下、そのような特約を含むライセンス契約を、独占的ライセンス契約と呼ぶ）¹⁶²。

しかしながら、前記特約は、債権的な効力しかないから、仮に、特許権者が約束に反して、第三者に重ねて通常実施権を許諾したとしても、当該第三者の通常実施権は無効になるわけではない。独占的ライセンス契約のライセンシーは、ライセンサーである特許権者に対して、特約違反の債務不履行責任を追及できるだけである¹⁶³。さらに、特許権の譲渡が生じた場合も、独占許諾である旨の約束は、通常実施権の範囲に関する定めとはいえないため、新権利者に対抗できるわけではない¹⁶⁴。では、契約が承継されるかと言えば、その点については、現状答えが出ていないのは、既にみたとおりである。

以上のような状況を踏まえ、専用実施権制度とは別に（または専用実施権制度を廃して¹⁶⁵）、独占的ライセンス契約を保護する制度の検討が行われている。その過程で提案されている制度の概要を示すと、以下の通りである¹⁶⁶。

- ① 独占的ライセンス契約のライセンシーは、対抗要件を具備しているか否かを問わず、特許権侵害者に対して、損害賠償請求が可能であり、かつ、固有の差止請求権を有する。
- ② 独占的ライセンス契約のライセンシーは、対抗要件を具備した場合、その独占性を対抗できる¹⁶⁷。
- ③ 対抗要件としては、専用実施権に比して簡易な登録制度などを整備する。
- ④ 反対合意に対世的効力を付与するか否かはさらに検討する¹⁶⁸。

¹⁶¹ 2016年度の専用実施権の登録数は132件であった（特許庁『特許行政年次報告書2017年版〔統計・資料編〕』72頁参照）。専用実施権が利用されない理由として、特許庁長官の私的研究会である特許制度研究会の『特許制度に関する論点整理について―特許制度研究会 報告書―』（2009年12月）13頁は「実施権者の氏名や実施の範囲等は、営業秘密に関わる事項であるため、それらを含む全ての登録事項が一般に開示される専用実施権には弊害があり、利用しにくいとの指摘がある」とする。また、一般財団法人知的財産研究所『独占的ライセンス制度の在り方に関する調査研究報告書』（2013年）が行ったアンケート調査では、専用実施権ではなくて独占的通常実施権を利用した理由に関する回答の1位「設定した範囲についても当該発明をライセンサーが実施するため」、2位「登録手続が面倒であるため」、3位「登録に費用（登録免許税など）が掛るため」、4位「登録による営業秘密等の漏洩への懸念があるため」であった（同報告書47～48頁参照）。

¹⁶² 契約では専用実施権を設定しながら、登録しなかった場合も、当事者間の合理的解釈としては、独占的ライセンス契約が締結されたと考えてよいだろう（中山・前掲注107）454頁、島並他・前掲注132）224頁および城山・前掲注109）1451頁参照）。

¹⁶³ 高林・前掲注135）191頁、渋谷・前掲注109）646頁および島並他・前掲注114）231頁参照。

¹⁶⁴ 横山・前掲注131）156～157頁および松田・前掲注138）755頁参照。

¹⁶⁵ 財団法人知的財産研究所『知的財産の更なる活用の在り方に関する調査研究報告書』（2009年3月）38頁参照。

¹⁶⁶ 一番詳しいのが知的財産研究所平成21年報告書（前掲注165）38～40頁である。また、特許制度研究会報告書・前掲注161）13～15頁の提案する制度は、損害賠償請求に関する言及がない以外、知的財産研究所平成21年報告書（前掲注165）のそれに近い。一方、産権審報告書・前掲注120）12頁および産業構造審議会地益財産政策部会『強く安定した権利の早期設定及びユーザーの利便性向上に向けて』（2013年9月）30頁は、制度整備の必要性は提言するが具体的な内容については言及しない。

¹⁶⁷ 「独占性の対抗」の意味は、必ずしもはっきりしない。例えば、知的財産研究所平成21年報告書・前掲注165）35頁は、「独占性が対抗できるということは、①特許権の譲受人が、譲り受けた特許権について自ら実施ができないこと、②独占性を対抗し得るライセンスが設定されている範囲には他の実施権（通常実施権を含む）を許諾しないし設定することができないということの意味」と述べるが、これは多分に専用実施権における独占と同様の効果を実現することを意識したものであろう。なお、同じ報告書39頁は、登録を備えた独占的ライセンシーは、「対抗関係に立つ第三者（例：特許権者から実施の許諾を受けた者）を含む第三者に対する」損害賠償請求権および差止請求権を認めとなっている。

¹⁶⁸ 「特許権者側には、独占的ライセンシーが提起した侵害訴訟において特許権が無効と判断されるリスクを懸念する声があるところ、この点については、ライセンス契約における当事者間での反対合意によって独占的ライセンシーの損害賠償請求権や差止請求権の行使を制限しておくことで対応可能と考えられるが、当該債権的合意に法律上の対世的な効果を持たせることの適否、可能性と併せて、引き続き検討が必要である。」（知的財産研究所平成21年報告書・前掲注

g 著作権法制への示唆

特許法における議論の現状としては、ライセンス契約の承継に関して、否定説が比較的有力といえようが、必ずしも明確な方向性が存在するわけではない。また、一つのライセンス契約中に、特許権の利用許諾と著作権の利用許諾が含まれる場合（例：コンピュータプログラム）や意匠権と著作権の利用許諾が混在している場合（例：実用品のデザイン）もあるが、一方で書籍や音楽、映画などのように、著作権に関する利用許諾のみのライセンス契約も多数存在する。以上を踏まえると、確かに、特許権などの場合と同一の考え方が採用される方が分かりやすいということはあるが、必ずしもそれに拘る必要はないといえる。著作権法制として、妥当な考え方を採用し、それが結果として特許などのそれと同一であれば、なおよろしいということだろう。

ところで、特許権の場合は、旧特許権者しか履行し得ない義務がライセンス契約に盛り込まれることが少なくない点が問題となったが、著作権の場合はどうだろうか。この点、著作権に関するライセンス契約に、権利者が、部品部材を提供したりすることが義務づけられることは少ないだろう。また、権利者がノウハウ提供義務を負うのは、プログラムの場合を除けば、まれだろう。さらに、クロス・ライセンスもめったに見かけないだろう。一方で、単に無体物としての著作物の利用を定めるだけではなくて、例えば、原作品や原版などの、著作物が固定された有体物の扱いも併せて規定されている場合は、旧著作権者から新著作権者に、著作権の譲渡と共に有体物の譲渡もなされていないと、ライセンシーとしては困るかもしれない。

著作権の場合、支分権毎に譲渡が可能であることの影響も考慮する必要があるだろう¹⁶⁹。例えば、著作権者が、1つのライセンス契約で、ライセンシーに対して、著作物の複製、上演、公衆送信を許諾していた場合に、その後、複製権と上演権を別々の第三者に譲渡し、公衆送信権については、依然として自身で保有し続けた場合を考えて欲しい。このとき、仮に承継肯定説をとると、元々1つのライセンス契約が、複製権の新権利者、上演権の新権利者、公衆送信権を有する元々の権利者との間の3つの契約にいわば「分裂」することになる。この場合、例えばライセンス料の支払いなどはどう考えたら良いのだろうか。元々の契約に、どの権利に相当する部分が幾らと明記されていれば良いが、そうでない場合、誰にどれだけ支払えば良いのか、という問題が生じることになるだろう。

最後に、著作者人格権の存在も忘れてはならない。旧著作権者が原始的著作権者（＝著作者）である場合、ライセンス契約には、著作者人格権についての同意などが規定されている場合がある。著作者人格権は一身専属で譲渡などできない（著作権法 59 条）ことを考えると、仮に、承継肯定説に立って、新著作権者にライセンス契約が承継されたとした場合も、当該契約中、著作者として約束した部分（＝著作者人格権についての定めの部分）は、承継されず依然として旧著作権者に残ると考えるか、残らないとしても禁反言によって著作者人格権の主張はできなくなるなどと手当をする必要があるだろう。もちろん、承継否定説の場合、こういった問題は生じない。

オ 出版権制度との関係について

(7) はじめに

著作物の利用許諾に係る権利に関する第三者対抗要件を検討するに当たっては、現行著作権法において、唯一、書籍の出版については複製権とは別に、登録を対抗要件とした出版権という制度を設けているため（著作権法・第三章）、この出版権制度との関係について若干の検討を要する。

現行著作権法における出版権（79 条 1 項）とは、著作物の出版又は公衆送信に関する排他的権利であり、その法的性質は準物権的権利あるいは用益物権的な権利であるとされている。それは、民法における物権と債権の概念上の区別（以下、便宜上、「物権債権峻別論」と呼ぶ）を背景として、出版における著作物の利用権限について物権的構成を採用した物権類似の権利として制度設計されたものである。

他方、出版分野においては、このような出版権とは別に、実務上、出版許諾契約という債権的な

165) 36 頁)

¹⁶⁹ 著作権法 61 条は「著作権は、その全部又は一部を譲渡することができる。」と定めるが、一部譲渡に際して、どこまで著作権を細分化できるかについては議論がある。もっとも、支分権毎に譲渡できることに関して争いはない。

契約が広く行われており、これは利用権限を契約的・債権的な関係に基づくものとするものである。

出版分野における著作物の債権的利用権限を有する著作権のライセンシーの第三者対抗要件の在り方を検討するに当たって、出版権の設定を受けた出版権者との関係、対抗制度の導入による出版権制度に対する影響を考慮する必要があると考えられる。

(イ) 出版権制度の導入の経緯

現行著作権法における出版権制度は、旧著作権法の出版権制度を踏襲したものである。旧著作権法では、昭和9年の一部改正において出版権の規定（第二章。28条ノ2から28条ノ11に至る11箇条）が新設された。旧著作権法における出版権の規定は、「出版者ハ設定行為ノ定ムル所ニ依リ出版権ノ目的タル著作物ヲ原作ノ儘印刷術其ノ他ノ機械的又ハ化学的方法ニ依リ文書又ハ図画トシテ複製シ之ヲ発売頒布スルノ権利ヲ専有ス」（28条ノ3本文）というものであり、出版権の設定により、出版権者が独占的排他的に出版行為として複製及びその発売頒布をすることができるものとしたものである。

当時の立法の背景には、著作権者に契約軽視の風潮があり、出版者が著作権者と出版契約を締結したとしても著作者が無断で他の出版業者に出版を許諾することが跡を絶たず、多大な広告費等を投資した出版者が損害を被るケースが多々発生したという事情があったといわれる¹⁷⁰。そして、その要因として出版業者に出版の専有権が認められていないことが指摘され、出版業者の地位の安定確保のために、出版業者が後に著作権者との契約により債権的権利を取得する第三者にも対抗し得る対世的権利の導入が出版業界より要望されていた¹⁷¹。これらの事情に鑑みて、出版における著作物の利用については、利用者の利用権限について、土地所有権に対する地上権のような用益物権類似の制度を新設し、出版業者が対世的権利を取得するものとする方法を設け、著作権者から債権的な利用許諾を受けたに過ぎない出版許諾契約に優先する権利（出版権）を設けたのである¹⁷²。著作権法の中に、出版分野においてのみ、このような制度が設けられたのは、出版業者に法的に安定した基盤を確保することを志向して、債権的契約としての出版許諾契約以外の選択肢を設けたものであった。

旧著作権法における出版権制度においては、「出版権ノ得喪、変更及質入ハ其ノ登録ヲ受クルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」として、第三者対抗要件としての登録制度が設けられた（28条ノ10）。その規定振りからも明らかに見て取れるように、民法177条の不動産に関する物権変動における対抗要件としての登記制度を模したものと見える。出版権は、いわば土地不動産の利用における地上権と不動産賃借権との関係に喩えれば、地上権に相当し、著作物の利用権限について物権的構成を採用した権利（準物権的権利）であり、その第三者対抗要件として出版権登録制度が用意されたのである¹⁷³。

なお、出版権に基づく差止請求権も、著作権法上、明文をもって規定されたが（28条ノ11によ

¹⁷⁰ 提案者によると、「著者から一旦不機嫌を蒙ると云うことがあれば、続いて他の著作物を発行することができないという弱い地位に居る」、「著者がいかに契約違反を致しましても、出版業者の方は正面に向いて責めて、そうして訴訟でも起して自己の損害を賠償せしめるということは事実の上に於て出来ない」とされていた（小林尋次『現行著作権法の立法理由と解釈』172頁以下（文部省、1958年）173頁（以下「小林・立法理由と解釈」と略記））。

¹⁷¹ 昭和9年の著作権法一部改正において、急遽、出版権制度が立法化されることになったのは、（その前年（昭和8年）にも出版権法案が議員提出されていた事情もあったが）、昭和6年のベルヌ条約ローマ会議の改正に照応した国内著作権法改正に当たり、出版業者からの強い陳情を受けたためとされる（小林・立法理由と解釈174頁、191頁註2）。

¹⁷² 出版権制度は、第65回帝国議会における著作権法改正案により、前年の第64回帝国議会衆議院に提出された出版権法案やその貴族院での修正案とは大きく異なる用益物権類似の制度として導入された（昭和9年の旧著作権法の一部改正により新設された）。一連の出版権制度の形成過程全般について、金子敏哉「出版権規定の形成過程——出版権法案と昭和9年改正を中心に——」土肥一史先生古稀記念論文集『知的財産法のモルゲンロート』（中央経済社、2017年）501頁以下参照。また、昭和9年の旧著作権法の一部改正の経緯と趣旨について小林・立法理由と解釈参照。藤田知治「出版権法制定の必要と其の制定運動の経過」法律時報5巻9号22頁以下（1933年）、藤田知治「出版権法案に就いて答ふ（上）」読売新聞1933年2月12日朝刊4頁も出版権を一種の用益物権と説明している。その他、林田英雄「出版権法案に関する文芸家の対抗運動」法律時報5巻9号（1933年）25頁以下、布川角左衛門『出版権・出版契約・出版契約書の話』54頁以下（文部省社会教育局著作権課、1950年）、布川角左衛門・美作太郎『著作権・出版権問答』54頁以下（出版ニュース社、1965年）など参照。なお、末弘厳太郎「著作権と出版権」法律時報5巻9号（1933年）22頁は、出版権の法的性質を著作権とは別個の営業的独占権として理解することが適切であると主張していた。

¹⁷³ 旧著作権法における出版権について、榛村専一『著作権法概論』267頁以下（厳松堂書店、1933年）、萼優美『条解著作権』236頁（港出版社、1961年）、山本桂一『著作権法』84頁217頁（有斐閣、1969年）など参照。

る偽作物の差止に関する 36 条の準用)、その性質は物権に基づく物権的請求権類似のものと理解されていたと考えられる¹⁷⁴。

(ウ) 現行著作権法における出版権制度

昭和 45 年施行の現行著作権法における出版権制度(第三章)は、旧著作権法において既に設けられていた出版権制度をほぼそのまま踏襲し、旧著作権法と同内容のものとして引き継がれた¹⁷⁵。

現在の著作権法における出版権は、平成 26 年改正を経て、その利用態様としては、複製権(80 条 1 項 1 号)および公衆送信権(同 2 号)を内容とし、媒体としては、紙媒体、電子出版(CD-ROM 等による電子出版およびインターネット送信による電子出版)を対象としたものである¹⁷⁶。また、その侵害行為に対する救済としては、差止請求権(112 条)および損害賠償請求権(114 条)が設けられ、また、出版権登録制度も旧法を承継し、登録は特許法における専用実施権とは異なり(特許法 98 条 2 号)、効力発生要件ではなく、第三者対抗要件とされている(88 条 1 項 1 号)¹⁷⁷。

特許法との比較においては、特許権は方式主義を採り登録を受けて初めて発生する権利であるのに対し、著作権法は無方式主義を採り登録を要せずして発生する(17 条 2 項)。特許権の専用実施権が特許権自体が登録を効力発生要件とするものであることから、登録を効力発生要件とすることが適切であることと同様に、著作権法においては著作権自体が無方式主義を採用し何ら方式を要せず権利が発生し、その登録は対抗要件とされていること(77 条)と平仄を合わせ、その著作権法の一部の権限を第三者に物権的に切り出した用益物権に相当する出版権についても著作権本体と同様、登録を効力発生要件とせずに対抗要件としたことには制度としての統一性の観点からは一定の合理性が認められる。また、実情としても、日々、膨大な量の出版が行われている中で、出版権登録原簿への登録を利用者に徹底して求めることには難があり、それを効力発生要件とすることには無理があることは否めず¹⁷⁸、一般第三者が出版権登録原簿を信頼するための基盤は十分でないといわざるを得ない。また、公示については、実際には出版権登録原簿の確認以外の手段によって出版権設定の有無を確認する方法があり得ることから、出版権登録が公示としての第一次的な重要性を持つわけではないという事情も頷ける。これらの事情もあり、現在、出版業界における出版取引において出版権登録が利用される頻度は極めて低い状況にある¹⁷⁹。

¹⁷⁴ 小林・立法理由と解釈 266 頁は、昭和 9 年旧著作権法改正当時、その解説書において「偽作に対する民事上救済手段の内容」との節に「物権的請求権」の項を設け、著作権には「嘗ては精神的所有権とも称せられた一つの財産権として、準物権的請求権を認めなければならない」とし、それを実定法に組み込んだものが差止請求権であると考えていたものと推察される(旧著作権法においては、出版権侵害に対する救済として、すべて偽作に関する規定が準用され(旧著作権法 28 条ノ 11)、偽作に関する規定には差止請求権が規定されていた。)

¹⁷⁵ 新著作権法における出版権について、布川角左衛門・美作太郎『著作権・出版権問答』(出版ニュース社、1965 年)、我妻榮・宮澤俊義・鈴木竹雄・布川角左衛門『著作権法の改正(出版権・翻訳権)』ジュリスト 303 号(1967 年)14 頁、佐野文一郎・鈴木敏夫『新著作権法問答』(新時代社、1970 年)、伊藤信男「出版権の歴史(下)」コピーライト 128 号(1971 年)7 頁以下、東季彦「出版権小論」著作権研究 8 号(1976 年)24 頁、中川善之助・阿部浩二編『実用法律辞典 10 改訂・著作権』233 頁(第一法規、1980 年)(以下「中川・阿部」と略記)、美作太郎『著作権と出版権—いま何が問題か』173 頁(日本エディタースクール出版部、1981 年)、日本雑誌協会・日本書籍出版協会『日本雑誌協会・日本書籍出版協会 50 年史』156 頁以下(2007 年)、加戸守行『著作権法逐条講義[六訂新版]』515 頁(著作権情報センター、2013 年)参照。

¹⁷⁶ その他、出版権については、存続期間、出版権者の義務等についても、多少の変更はあるものの、旧法と類似の規定を有する。存続期間の設定は合意により可能であるが(83 条 1 項)、その定めがないときは 3 年間が経過した日(83 条 2 項)とされる。さらに、出版権者には一定の義務が生ずる。例えば(a)6 か月以内の出版又は公衆送信を行う義務、(b)慣行に従い継続して出版又は公衆送信を行う義務(不履行の場合、複製権等保有者による出版権消滅請求がある)(84 条 1 項・2 項)、(c)出版権設定後も、①著作者による修正増減請求(82 条 1 項)、その他②複製権等保有者による出版権消滅請求(84 条 3 項)が定められる。

¹⁷⁷ なお、出版権を設定した著作者者に登録義務があるかどうかは明確ではないとされるが、多くの論者は登録義務には否定的と解される(対抗要件にすぎないことを理由とする。賃借権の場合の解釈との整合性も考慮されているものと思われる。)(そのため、書協の「出版契約書」(ヒナ型)では著作権者が出版者による単独申請を予め承諾する旨を規定する)。

¹⁷⁸ 土地等の不動産が多しとはいえども対象が有限であることと比較し、出版物は次々と新たに限りなく発生するものであるため、そのすべてを対象とする公示制度の確立が事実上困難である点で不動産公示制度とは決定的な違いがあろう。

¹⁷⁹ 文化庁ウェブサイト「出版権に係る登録制度の概要」(http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/shuppan/h25_06/pdf/sank_o.pdf)参照。半田正夫『著作権法の研究』237 頁以下(一粒社、1971 年)(以下「半田・研究」と略記)、村瀬拓男「出版権のこれまでとこれから—実務の観点から」ジュリスト 1463 号(2014 年)56 頁など参照。

(I) 出版権設定契約と出版許諾契約

出版権設定契約とは、著作権法に定める出版権を設定することを内容とする契約であり、前述のとおり、用益物権に類する準物権的権利の設定行為を行うものである。出版権の内容は、特段の合意がない限り、一定の事項は著作権法において定められており、いわば特殊な典型契約（典型強制）の一つともいえる。

他方、出版許諾契約は、出版に関する部分について複製権の許諾を内容とする純粋な債権的な契約である¹⁸⁰（実際には、契約内容については、出版権設定契約と類似の権利義務を定めることが多いとされる）。また、この出版許諾契約には、他の者にも出版許諾が可能な単純出版許諾契約と、被許諾者に独占的な利用権限を認める独占的出版許諾契約があり、さらに後者には、出版権の許諾者自身が著作物を利用することができか否かにより、それを不可とする完全独占的出版許諾契約と、それを可とする不完全独占的出版許諾契約に分類される。

結局、出版権設定契約と出版許諾契約との区別は、出版における著作物の利用権限を物権的に構成するか、債権的に構成するかによる区別であり、その意味で、出版権設定契約と出版許諾契約の関係は、土地利用における地上権設定契約と不動産賃貸借契約との関係に類したものであると捉えることができる。

なお、世上一般に行われている出版に関する契約が、出版権設定契約なのか出版許諾契約なのか、そのいずれの趣旨であるのかについて、その判別は必ずしも一義的には明確でないという問題がかねてより指摘されているところである。殊に、出版権登録がなされていない場合、しばしば出版権設定契約と（独占的）出版許諾契約との識別が困難な場合があるとされる¹⁸¹。事実、実務上は、出版権設定契約と出版許諾契約との違いがあまり意識されていない運用が多々みられる。これについては契約解釈の問題に委ねられることになる¹⁸²。契約文言上は、出版権設定と明記されている書式が普及しており¹⁸³、明文上、出版権設定が明記されているものが出回りそれらが実務上も使用されることが少なくないが、それらの場合においても、真実、出版権設定が行われたか否かが争いとなる事案も少なくない¹⁸⁴。

(オ) 出版権と出版許諾契約による利用権限の調整の枠組み

出版権設定契約により、出版権者は用益物権としての出版権を取得するため、その排他的な物権的権利に基づき、排他的な著作物の利用権限を確保することになる（したがって、出版権設定後に

¹⁸⁰ 出版契約については、阿部浩二「出版契約」『契約法体系 VI 特殊の契約(2)』80頁（有斐閣、1963年）、半田正夫「特殊の契約・出版契約」加藤一郎・鈴木祿弥編著『注釈民法(17)債権(3)』450頁（有斐閣、1969年）、半田正夫「出版契約」『現代契約法体系 第7巻 サービス・労務提供契約』199頁（有斐閣、1984年）、横山久芳「出版契約の種類」上野達弘・西口元編著『出版をめぐる法的課題・その理論と実務』34頁（日本評論社、2015年）など参照。

¹⁸¹ 半田・研究266頁。なお、田村善之「著作権法概説[第2版]」492頁（有斐閣、2001年）は、（出版権設定登録のない）出版権設定契約と独占的出版許諾契約との区別について、そのメルクマールも不明であるとし、差止請求や損害賠償請求などの点についての所論の解釈等を取ることによって、それらを区別する実益や法的意味は全くないとする。なお、出版許諾契約をめぐる利益状況の特色、その法的性質等について、中川・阿部236頁以下参照。なお、地上権設定契約と不動産賃貸借契約のいずれと解釈すべきかについても類似した問題が生じる（星野英一『民法概論Ⅱ(物権・担保物権)』145頁（良書普及会、1976年）、川島武宜・川井健編『新版注釈民法(7)物権(2)』[鈴木祿弥]867頁（有斐閣、2007年）など参照）。

¹⁸² 半田・研究237頁以下、253頁以下、半田正夫『著作権法の現代的課題』151頁以下（一粒社、1980年）、『著作権審議会第八小委員会（出版者の保護関係）報告書』（1990年6月）、WIPジャパン株式会社『平成22年度・文化庁委託事業 諸外国の著作権法等における出版者の権利及び出版契約に関連した契約規定に関する調査研究報告書』83頁以下（2011年）。『文化審議会著作権分科会出版関連小委員会報告書』（2013年12月）27頁以下、奥邨弘司「出版契約の解釈・裁判例の概観」上野達弘・西口元編著『出版をめぐる法的課題・その理論と実務』67頁以下（日本評論社、2015年）など参照。この債権的権利についても「出版権」と呼び称されることがある（前掲・山本84頁など参照）。

出版権設定契約か否かが争点となった事件に、後出注184)記載のほか、東京地判昭和59年3月23日判時1110号125頁[太陽風交点事件]（控訴審・東京高判昭和61年2月26日判時1201号140頁）、東京地判平成23年3月4日判タ1362号225頁[生命の真相事件]（控訴審・知財高判平成24年1月31日裁判所ウェブサイト）、長野地判平成6年3月10日判例自治127号44頁[白馬村パンフレット事件]がある（前掲・奥邨69頁以下参照）。その他、原稿買取りの場合をめぐって、それが出版権設定か著作権譲渡かについて争われる事案もあるが、ここでは省略する（前掲・奥邨71頁以下参照）。

¹⁸³ 一般社団法人日本書籍出版協会（書協）の「出版契約書」（ヒナ型）は、出版権設定契約の内容で公表されている。

¹⁸⁴ 東京地判平成11年1月27日（LEX/DB 文献番号28041277）[ドンを撃った男事件]、東京地判平成11年3月26日（LEX/DB 文献番号28041880）[研修シラバス事件]（前掲・奥邨68頁以下参照）。

においては、複製権等保有者は、自らの利用や利用許諾が制限されることとなる（80条2項の反対解釈）。この点、完全独占出版許諾契約に類似する）。他方、出版許諾契約の場合は、契約関係により著作権者その他の複製権等保有者から利用禁止を解除され、差止請求等を受けないという立場を得ることにより債権的に利用権限を確保することになる。

その結果、出版権と出版許諾契約による利用許諾に係る権利の関係は、同一の権利対象に対する物権的権利と債権的権利の競合の場面一般の問題となり、著作権法における出版権だけに、法律上、特殊な問題が生ずることは考えにくい。不動産の場合でいえば、不動産所有権または地上権と不動産賃借権との間に衝突が生じた場合、民法上の対抗問題の枠組み等に則り、調整・解決がなされるように、ここにおいても同様に、制度上は同じ枠組みの中で両者間の調整・解決が可能であると考えられる。

（カ） 出版権者の利用権限と出版許諾による利用権限の包含関係の有無

なお、出版権者の利用権限と出版許諾による利用権限の関係については若干の議論があり、出版権設定は出版利用許諾を包含する関係にあるとの理解を示す見解がある¹⁸⁵。それは、その利用許諾（債権）を得ることなく排他権（物権）の設定を受けることに意味はなく、出版権が自ら出版することを前提としたこと（出版権者には出版義務がある。著作権法 81 条）に鑑みると、著作権法は出版権の設定が出版に関する利用許諾を包含することを予定しており、出版権の設定には出版許諾が含まれているとする（以下「包含説」という）¹⁸⁶。

この議論は、著作権ライセンシーに対抗権限を付与することの是非を論じる場合、出版分野において、出版権のうち、それに包含される利用権限のみを取り出し、その部分について著作権のライセンシーと同等の対抗権限を付与することを可能とすることによって未登録の出版権者にも著作権のライセンシーと同等の対抗力を付与し、両者のバランスを取るべきかどうか、との論点と関わることになるものと思われる。出版権登録制度がほとんど使われておらず、出版権設定契約と出版許諾契約の違いが意識されていない出版取引の実情を重視し、出版権のうち出版利用許諾権限部分だけでも対抗可能とすべきではないか、との議論の論拠となりうる。

しかしながら、実態はともあれ、物権類似の権利であるとされる出版権と出版許諾とは、物権債権峻別論に立つ現行法の下では法的位置付けを異にし、出版権のうちの利用権限部分が観念されうるとしても、それは債権的な出版許諾の合意ではなく、あくまで物権的なものであって、それは出版権独自の内容と考えられるべきものであろう。前述のように、未登録出版権と（独占的）出版許諾との関係が未登記地上権と不動産賃借権の関係にあると考えるならば、両者の合意の内容自体が法的な意味合いを異にすることは自明のことと考えられる（未登記の地上権の設定合意に不動産賃借権の合意が含まれるという解釈は現行法上は想定されていないと思われる）。両者は利用権限の根拠を異にするのである^{187・188}。それらは、物権的構成を採用した出版権制度と、（仮に）対抗権限

¹⁸⁵ 前掲・田村 492 頁

¹⁸⁶ あるいは、包含説は、出版権設定時に同時に、当然にその合意中に債権的出版利用許諾を伴うと主張するものとも解される。前掲・加戸 451 頁は、「出版権は出版を自ら行うことを前提としてこれを引き受けた者に対して設定されたものである」とする。また、出版権設定は出版許諾契約を前提とするものであるという見解も包含説に近い。中川・阿部 238 頁以下は、出版権設定は出版許諾契約を前提とするものであるか否かの議論を紹介し、肯定説の根拠として、「①著作権法に出版権を認めたのは、出版許諾契約のみによっては著作権者および出版者の利益が十分に保護せられないから、出版許諾契約の効力を強固にするためであること、②著作権法 79 条 1 項は「〔複製権者〕は…出版することを引き受ける者に対し、出版権を設定することができる。」といいここにいる出版を引き受けるとは、引受者の一方的意思表示のみによるのではなく、引受けをなさしめる者の意思表示をも必要とする行為をいう。したがって、引受けは契約でなければならず、それゆえに出版を引き受ける者は著作権者と出版許諾契約を結ぶ者に限定されること、③かりに出版権の設定に出版許諾契約を前提としないものとするれば、著作権法の出版権に関する規定は著作権者と出版権者の関係についてもっと詳細に規定しなければならないはずであるが、法律がこの点についてあまり詳細な規定をおかなかったのは、多くの事項はこれを出版許諾契約の定めるところにゆづったものと解せられること」などを挙げた上、否定説を採り、両者が独自の権限に基づく並立的な関係に立つとする。

¹⁸⁷ 包含説は、出版権者の出版義務（81 条）を引き合いに出すが、出版権者の複製権等保有者に対する出版義務（出版権設定契約における一つの義務）の問題と出版権者の利用権限の法的性質の問題とは別の問題であると思われる。なお、出版義務について、別段の定めを行うことは可能であると解釈される余地もないではない（81 条柱書但書）（但し、前掲・加戸 525 頁 526 頁は、「出版権は出版を自ら行うことを前提としてこれを引き受けた者に対して設定されたものである」とし、「出版義務は、出版権者の複製権者に対する債務であり」、「設定行為で完全にこの義務を免除することは、出版権の本旨からして、公序良俗に対する無効な定め」になるとする）。

¹⁸⁸ なお、実務上、出版権設定契約と出版許諾契約の違いが意識されていないようなケースにおいては、個別の契約解釈

を有することになったとしても債権的構成を採る出版利用権限との法律構成上の差異から生ずる結果にすぎず、出版権制度と出版許諾制度が並存することに伴う現象にすぎない。

(キ) 結論

以上を踏まえると、対抗制度の導入による出版権制度への影響に関しては、出版権と出版許諾契約による利用許諾に係る権利とでは権利の性質が異なり、それら権利間の調整、解決を図る一般私法上の基盤が存在し、それらにより対応が可能であることから、出版利用許諾に係る権利への対抗制度の導入が出版権制度に制度的な影響を及ぼすとは考えにくいものと思われる。

カ サブライセンスとの関係について

(ア) サブライセンスの性質について

著作物等の利用許諾に基づきビジネスが行われる場合に、ライセンシー自らが著作物等を利用する場合以外に、ライセンシーが第三者に対して著作物等の利用許諾を与え、当該第三者が著作物等を利用することでビジネスを展開していく場合がある。このような場合にライセンシーが第三者に対して与える著作物等の利用許諾は、一般に「サブライセンス」と呼ばれている。

同じ知的財産権法である特許法においては、サブライセンスについて、以下のように整理されている¹⁸⁹。

特許権者や専用実施権者とは異なり、通常実施権者は独占排他的な権利を有するものではないことから、通常実施権者が第三者に発明の実施を許諾する権利を独自に有するものとは解されない。すなわち、通常実施権者は、特許権者等の授權を得た場合に限り、特許権者等に対する不作為請求権を特許権者等に代わって許諾できるものと考えることができ、この許諾を受けたサブライセンシーは、特許法上の通常実施権者として、特許権者等に対する不作為請求権を中核とする実施権を取得するものと考えられる¹⁹⁰。

上記の整理を著作権法にあてはめると、サブライセンスについては、利用者（ライセンシー）は、著作権者等（ライセンサー）から授權を得ており、著作権者等に対する不作為請求権を著作権者等に代わって許諾することができ、許諾を受けたサブライセンシーは著作権者等に対する不作為請求権を取得することとなる。

検討委員会においては、上記特許法における議論の整理を参考に、サブライセンスの性質について議論をしたところ、実務上は、著作権者等－ライセンシー－サブライセンシーの関係は、賃貸借契約における賃貸人－賃借人－転貸人と同様の関係にあると理解されているのではないかと、という意見があった¹⁹¹。これに対しては、特許法も著作権法も民法のように転貸借に係るルールを定めた規定がないことから、上記の授權を受けて権利者に対する不作為請求権を権利者に代わって許諾を与えているという構成と解するほかないのではないかと意見が多かった。

として、出版権設定契約ではなく独占的な出版許諾契約であると解釈することで前記の問題を解決する途もないではない。

¹⁸⁹ 産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会通常実施権等登録制度ワーキンググループ報告書『特許権等の活用を促進するための通常実施権等の登録制度の見直しについて』（平成 19 年 12 月）34 頁以下。

¹⁹⁰ このほか、前掲注 189 産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会通常実施権等登録制度ワーキンググループ報告書では、通常実施権者（ライセンシー）とサブライセンシーとの間で契約を締結することはなく、特許権者とライセンシーとの間のライセンス契約が民法上の「第三者のためにする契約」（民法 537 条 1 項）として機能し、サブライセンシーが受益の意思表示をしたときに、サブライセンシーは特許権者に対する不作為請求権を取得する（同条 2 項（改正後の同条 3 項））という類型もあると指摘されている。

¹⁹¹ サブライセンスの性質については、前掲注 189 産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会通常実施権等登録制度ワーキンググループ報告書でも、「ライセンサーはライセンシーに発明を実施させる積極的な義務を負うとの側面もあり、ライセンシーも独自の権利としてさらにサブライセンスを許諾（再実施許諾）することができると説明する余地もある。実務の感覚においても、①ライセンサーとライセンシーの間のライセンス契約が終了すればサブライセンス契約も終了するという関係があること、②サブライセンスの対価は、ライセンサーではなくライセンシーに支払われるのが通常であることなどから、サブライセンシーの実施権は、あくまで特許権者等ではなくライセンシーに対するものとする考え方が根強い。この点を整理するには、現在のライセンス契約・サブライセンス契約の実態を踏まえた上で、通常実施権の法的性質を改めて整理することが必要となるものであり、今後の学説や判例の蓄積が待たれる。」とされている。

サブライセンスの性質については、学説や判例の蓄積を踏まえ、明確な整理がなされることが望ましいと考えられるものの、本調査研究においては、上記の授權を受けて権利者に対する不作為請求権を権利者に代わって許諾を与えているという構成を前提として検討をすることとする。

(イ) サブライセンシーの権利の対抗について

上記のサブライセンスの性質に照らし、著作物等の利用許諾に係る権利について対抗制度を導入した場合に、サブライセンシーが自らの権利を第三者に対抗できるようになるかが問題となる。

ヒアリングでは、サブライセンシーが有する権利も、通常のライセンシーの権利と同様に第三者に対抗することができるようになることが望ましいとの意見が多くみられた。

【ヒアリング結果概要】

- （対抗制度については）サブライセンスといえども、通常のライセンスと同じ考え方で良いのではないか。（福井健策弁護士）
- （サブライセンスの扱いについて）特許と同様ではないか。また、サブライセンス権限自体はライセンス外の特約だから、当然承継否定説からは当然承継されないが、いったんサブライセンス権限に基づいてサブライセンスしてしまえば、そこでは当然対抗となるのではないか。（日本弁理士会）
- 対抗制度でライセンシーと同じくサブライセンシーも対抗できるようになる方が望ましい。また、ライセンスに基づく利用ができる権利が対抗できたとしてもサブライセンス権限がなければ、事業実施の継続が危うくなってしまうような場合も考えられるため、対抗制度が無意味化してしまいかねない。（IT 関係事業者 A）

検討委員会においては、上記の授權を受けて権利者に対する不作為請求権を権利者に代わって許諾を与えているという構成を前提とすれば、サブライセンシーは、著作権者等に対する不作為請求権（利用許諾に係る権利）を有している点でライセンシーと何ら変わりはないことから、サブライセンシーは自らの権利を第三者に対抗できるようになるということで意見が一致した¹⁹²。

以上を踏まえると、利用許諾に係る権利の対抗制度が導入された場合には、サブライセンシーの権利についても、ライセンシーの権利と同様に第三者に対抗することができるようになるものと考えられる。

(ウ) サブライセンス権限について

ライセンシーは著作権者からサブライセンス権限（著作権者に対する不作為請求権を著作権者に代わって許諾を与える権限）を与えられているところ、著作権等が譲渡された場合等にライセンシーのサブライセンス権限がどうなるかが問題となる。

アンケートでは、前述のとおり、対抗制度の導入に伴い、「ライセンシーにサブライセンス権原を与え、サブライセンスによる著作物等の利用行為に対して著作権等を行使しない義務」を承継させるべきと回答したライセンシーが 63.8%であり¹⁹³、ヒアリングでも、著作権等が譲渡された場合であってもライセンシーとしてはサブライセンス権限を保有し続けるのが望ましいとの意見が多くみられた。一方で、譲受人の立場からすると、自らが著作権等の譲渡を受けた後も新たなサブライセンシーが現れることになり、ビジネスへの影響が大きくなる可能性があるとの意見もあった。

¹⁹² 特許法に関して、産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会報告書「特許制度に関する法制的な課題について」（平成 23 年 2 月）4 頁においては、「特許法上、通常実施権者による他者へのライセンス（いわゆるサブライセンス）は、特許権者・サブライセンシー間の通常実施権と整理される。そのため、当然対抗制度を導入する場合には、特許権者からサブライセンサーへのサブライセンス許諾権の付与とサブライセンサーがそれに基づきサブライセンシーに通常実施権を許諾したこと等を立証すれば、サブライセンスに基づく通常実施権についても対抗可能となり、サブライセンシーについても適切に保護することが可能である。」とされている。古城春実「著作物の利用と対抗問題」設楽隆一ほか編『現代知的財産法 実務と課題 飯村敏明先生退官記念論文集』（発明推進協会、2015 年）1218 頁も、「サブライセンスに関しては、特許法と同様の議論が当てはまると思われる」としている。

¹⁹³ アンケート Q53 に対する回答。

【ヒアリング結果概要】

- サブライセンスを与える権限を含めて、利用許諾の範囲を画する条項は、全部まるごと承継すべきではないか。（福井健策弁護士）
- ライセンスに基づく利用できる権利が対抗できたとしてもサブライセンス権限がなければ、事業実施の継続が危うくなってしまうような場合も考えられるため、対抗制度が無意味化してしまいかねない。（IT 関係事業者 A）
- 譲受人の立場からすると、ライセンシーがサブライセンス権限を保有し続けることになると、自らが著作権等の譲渡を受けた後も新たなサブライセンシーが現れることになり、ビジネスへの影響が大きくなる可能性があり、とても悩ましい。もっとも、デューディリジェンスの過程でライセンス契約の内容が開示されているはずなので、サブライセンス権限があることも踏まえて判断するので、問題はないかもしれない。（IT 関係事業者 B）

検討委員会においては、利用許諾に係る権利にはサブライセンス権限は含まれていないことから、契約の承継の問題の中で、サブライセンス権限の承継の有無について議論されるべきであるといった意見が示された。

サブライセンス権限は利用許諾に基づくビジネス上重要な役割を果たしている場面もあること、サブライセンス権限が承継されることとなると著作権等の譲渡がなされた後も譲受人（新著作権者等）の意思に基づかない利用許諾が新たに行われることになることなどを踏まえ、著作権等の譲渡がされた場合のサブライセンス権限の適切な取扱いについて検討されることが望ましいと考えられる。

(2) 検討結果

ア 対抗制度導入の許容性及び対抗要件について

対抗制度の導入により譲受人に与え得る影響について、民法法理を踏まえた分析によると、著作物等の利用許諾に係る権利の対抗制度を導入したとしても、後述する独占性の承継あるいは対抗がされなければ、譲受人自身の利用及び譲受人の他者へのライセンスが妨げられるものではないため、善意の譲受人であっても保護すべき要請は大きくないとの整理が行い得る。また、リスクの内部化の可否という観点からは、ライセンシーは事前に著作権等の移転や著作権者等の破産を知り得ず、リスクを適切に内部化しにくい一方で、譲受人は著作権等の譲り受け時に第三者に対する利用許諾がされているかどうかについて知ってリスクを内部化することが可能であるため、対抗を否定してライセンシーがライセンサーの債務不履行責任を追及する制度よりも、対抗を肯定して譲受人が譲渡人の債務不履行責任を追及する制度の方が望ましいと考えられる。

アンケート・ヒアリング調査では、ライセンス契約の対象となっている著作権等を譲り受けた場合、譲受人がライセンシーの利用を継続して許諾している事例が多く確認されたことから、実際にも譲受人に与え得る不利益は大きくない場合が多いものと思われる。さらに、著作権等の譲渡契約時には、デューディリジェンス等によって他者にライセンスを与えているかについて確認をしている例が多く見られたとともに、譲渡契約中に他者にライセンスをしていない旨を表明保証させる条項を入れている例が相当程度存在していることが確認されており、譲受人はライセンス契約の存在を織り込んだ形で（リスクを内部化して）譲渡契約を締結している例が相当程度存在し、また、そのような形で譲渡契約を締結することは十分に可能であるものと考えられる。

また、対抗制度の導入により譲渡人（著作権者等）に与え得る影響としては、アンケート・ヒアリング調査では、著作権者等にデメリットが生じるとの意見は特に見られず、むしろ著作権者等の意に反して譲渡を迫られる状況を変えられる可能性や、ライセンサーの立場で著作権等を含めた事業譲渡を行う際に顧客であるライセンシーのビジネスにリスクが生じないようになるというメリットが指摘された。なお、対抗制度が導入された場合、対抗制度が導入されていない場合よりもライセンス契約の対象となる著作権等を譲渡する際の対価が低くなることが想定されるが、それは譲渡人が自ら利用許諾をしたことによる結果にすぎず制度設計に当たって考慮する必要はないとの意見や、対抗制度が導入されていない場合にライセンス契約の継続中に著作権等を譲渡したときには譲渡人はライセンシーに対して債務不履行に基づく損害賠償責任を負い得るため全体としての利益状況は変わらないとの意見があった。

その他、対抗制度の導入による著作権等管理事業への影響に関しては、契約の承継に関し著作権等管理事業法等との関係での整理が必要となる場面は存在するものの、著作権等管理事業に支障が生じるような影響はないものと考えられ、むしろ委任型管理委託契約を締結している著作権等管理事業者からは利用許諾に係る利用者の権利が著作権譲渡後も継続することは望ましいとの意見があった。また、対抗制度の導入による出版権制度への影響に関しては、利用許諾に係る権利と出版権とでは権利の性質が異なることから、利用許諾に係る権利の対抗制度の導入が出版権制度に法的に影響するとは考えにくいことが確認された。

これらを踏まえると、利用許諾に係る権利の対抗制度が導入されない場合にはライセンシーは自らのコントロールできない事情により利用が継続できなくなるという重大な不利益を被る一方で、対抗制度が導入された場合であっても、譲受人は譲渡契約の締結時にライセンス契約の存在に関するリスクを内部化する機会があり、仮に譲受人がライセンス契約の対象となっている著作権等を譲り受けた場合であっても譲受人は自らの利用又は第三者へのライセンスが妨げられるものではなく、譲受人に与え得る不利益は大きくない場合が多く、両者のバランスを考えると対抗制度を導入するのが望ましいとの整理が可能であり、また、譲渡人や著作権分野における他の制度に支障を生ずることはないものと考えられる。そのため、対抗制度の導入の許容性は十分に認め得るものと考えられることから、対抗制度の導入に向けた検討がされるべきであると考えられる。

対抗制度を導入する場合の対抗要件については、上記のとおり、譲受人がライセンス契約の存在について確認を行い、その存在に関するリスクを織り込んだ形で（リスクを内部化して）譲渡契約を締結している例が相当程度存在し、そのような形で譲渡契約を締結することは十分に可能である

こと、また、仮に譲受人がライセンス契約の対象となっている著作権等を譲り受けた場合であっても譲受人に与え得る不利益は大きくない場合が多いことからすれば、公示又は善意の譲受人の保護するための要件は必ずしも必要ではないものと考えられる。さらに、アンケート・ヒアリング調査では、対抗制度の設計についての関係者からの意見として、登録対抗制度に関しては登録に関するコストへの強い懸念や、悪意者対抗制度・事業実施対抗制度に関しては立証の負担・困難性等に関する指摘があったところであり、ライセンス契約の存在に加えて他の要件を求める制度を設計した場合にはその実効性が低下してしまうことへの懸念が示された。

また、特許法その他の知的財産権法との関係では、特許法において当然対抗制度の導入が許容された主要な理由は著作権法においても当てはまり、商標法において当然対抗制度が導入されなかった主要な理由については著作権法においては当てはまらないことが確認された。

以上を踏まえると、著作物等の利用許諾に係る権利の対抗制度については、譲受人に与え得る不利益の程度、譲受人とライセンシーとの間のリスク分担や責任負担の在り方、他の知的財産権法との整合性等を総合的に勘案すれば、当然対抗制度を有力な選択肢として検討がなされることが望ましいと考えられる。

イ 契約承継について

アンケート・ヒアリング調査では、利用許諾に係る権利の対抗制度の導入に伴って、定型的な契約に関しては承継させるべきとする意見が多く見られた。

契約の承継（契約上の地位の移転）については、譲渡当事者間の合意及び契約の相手方の承諾が必要であるのが民法上の原則であるが、不動産賃貸借に関する所有権の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転の考え方を参考として法律関係の複雑化回避の要請及び債務の定型性が認められる場合には上記の合意及び承諾がなくとも著作権等の譲渡に伴って利用許諾契約が承継されとの立場を取れば、対抗制度の導入に伴って、定型的な契約内容については承継し、非定型的な契約内容については承継しないという制度設計も考え得るところである。

もっとも、定型的・非定型的な契約内容の別を適切に区別して承継について法律上の定めを置くことは立法技術上困難であると考えられること、様々な条項がパッケージとなっている契約では、ロイヤリティの支払額等の定型的な契約条項であっても他の契約条項と連動してその内容が定まる性質を有するものが存在する場合があります、定型的・非定型的かどうかという観点でのみ承継について決するのは妥当ではない場面が生じ得ること、契約内容の一部のみが承継されることとなった場合には却って法律関係が複雑になること等が考えられ、定型的な契約内容のみを承継するとの制度設計による解決には慎重な検討が求められるものと考えられる。

以上を踏まえると、利用許諾に係る権利の対抗制度を導入した場合の著作物等のライセンス契約の承継に関しては、特許法と同様に、法律上一律のルールを設けるのではなく、個々の事案に応じた解釈に委ねることとすることも含め更なる検討がなされることが望ましいと考えられる。なお、契約の承継について検討するに当たっては、著作権等・著作物の利用の特徴に応じた検討がなされることが望ましく、検討委員会においては、著作権等は支分権ごとに譲渡が可能であり、利用許諾の対象となっている支分権のうち一部の権利だけ譲渡された場合に、どのように対価を支払えばよいか問題が生じる場面があり得るとの指摘、原作品を借りて展示する権利を与える契約のように著作物の利用許諾契約と一体として原作品（物）の引渡しに関する契約が締結されることも考えられ、著作権と原作品（物）が第三者に譲渡された場合に著作物等の利用許諾のみが対抗できたとしても契約を承継することとして譲受人から物の引渡義務も承継されなければ無意味化してしまうという場面も想定されるといった指摘や、著作権等の譲渡時に著作者人格権等は移転されないため著作者人格権等の不行使特約については契約承継の対象となると意味がなくなるとの指摘があった。

ウ 独占的ライセンスの保護について

著作物等の独占的ライセンスに関しては、アンケート・ヒアリング結果を踏まると、実務上相当程度用いられていること¹⁹⁴、その性質上、他社を排除して利用をできる法的な地位が与えられな

¹⁹⁴ アンケートでは、ライセンサーのうち独占的ライセンスを許諾したことがあると回答した者は59.4%（アンケート Q19）

れば、その契約の目的が完全には実現できないこと、他者を排除した独占的な利用ができる地位を得るために非独占的ライセンスよりも高いライセンス料の支払を伴い契約を締結する場合が多いこと等から、譲受人等の第三者との関係でライセンシーの独占性を主張できる制度に関するニーズが多く存在することが確認された。

特にヒアリングでは、映像、商品化、写真、舞台、広告等の分野において、独占的ライセンスが用いられている又は事実上独占状態にあるものが多く存在することが確認されるとともに、独占的ライセンスを受ける場合には高額なライセンス料の支払やプロモーション等の多額の投資を行うことが多く、引き続き独占的な利用を期待する意見が多く見られた。

【ヒアリング結果概要】

- ライセンスの場合の独占ライセンスは、雑誌などはかなり多いのではないかと。（一般社団法人日本写真著作権協会）
- 音楽分野は独占ライセンスが少ない分野である。他のジャンルでは当たり前に独占ライセンスが行われている。舞台や映像の原作使用契約には大抵独占性がある。商品化、広告も同様。（福井健策弁護士）
- 漫画の映像化に当たっては、例えばテレビアニメに限定して数年間、といった形で独占的に許諾を受ける。アニメに基づく商品化を許諾するときは、形としては独占的ライセンスではないが、競合はさせず事実上は独占状態にある。（日本弁理士会）
- コンテンツビジネスにおいては、独占ライセンスに伴う様々な宣伝広報活動やいわゆる「仕掛け」があつてはじめて価値が出てくるものである。独占ライセンスが結ばれている場合には独占ライセンスだからこそ出来ている「仕掛け」があるわけだが、契約の承継の過程で非独占になってしまうとなると、今まで行ってきた「仕掛け」を他の非独占的ライセンシーにフリーライドされてしまうことになるから、望ましくないのではないかと。（福井健策弁護士）
- 出版社が結ぼうとする契約は全部独占である。映画化、ドラマ化は、例えば3年間の期限付き独占が締結される例が多い。その間はほかの事業者において映画化、ドラマ化はさせない。（公益社団法人日本文藝家協会）
- アニメに基づく商品化を許諾するときは、形としては独占的ライセンスではないが、競合は差せず事実上は独占状態にある。実務的には、独占ライセンスが欲しいならライセンス料で調整するという話になってしまう。（日本弁理士会）
- 独占ライセンスにはプロモーション等への投資を含め多額の投資を行っている。著作権の譲渡時に譲受人がどうしても嫌だというなら、譲渡取引前に著作権者（ライセンサー）にその旨を伝え、著作権者（ライセンサー）がライセンシーに対して独占的な地位を外すための交渉を行った上で譲渡取引を行うべきである。（一般社団法人モバイル・コンテンツ・フォーラム）
- 独占的に利用するために費用を投下しているのだから、契約期間中は相手が誰であれ独占的に利用できるべきである。独占的ライセンスが行われている事実は権利の売買の際に当事者間で開示の上で契約されるべきで、それを隠してライセンシーの伺い知れないところで権利が譲渡されてその結果独占的に利用する地位が剥奪されるのは公平ではない。独占でなくなるのであればライセンスフィーが減額されるなどしないと、怖くて独占ができなくなる。（放送事業者関連会社 B）

これらを踏まえると、独占性に対する期待を保護する制度については一定のニーズが存在するため、その検討を行うべきと考えられる。

独占性に対する期待の保護の方法としては、上記アで検討した著作物等の利用許諾に係る権利の対抗制度を設けることと併せて、独占性を契約の承継の問題として扱い、一定の場合には独占性が承継される旨規定することが考えられるところである。しかし、契約の承継に関しては、上記イで

に対する回答（複数回答可）。「ライセンサーの自己利用も排除される形での独占的ライセンスを行ったことがある」（18.7%）と「ライセンサーの自己利用は排除されない形での独占的ライセンスを行ったことがある」（40.7%）の合計）、ライセンシーのうち独占的ライセンスの許諾を受けたことがあると回答した者は 59.1%であった（アンケート Q25 に対する回答（複数回答可）。「ライセンサーの自己利用も排除される形での独占的ライセンスを行ったことがある」（26.6%）と「ライセンサーの自己利用は排除されない形での独占的ライセンスを行ったことがある」（32.5%）の合計）。

検討したとおり、制度設計には慎重な検討を要することから特段の規定を設けないことが有力な選択肢と考えられ、独占性についてのみ契約の承継についてルールを設けることは反対解釈を招きかねず妥当ではないと考えられる。

この点に関し、不動産賃借権に係る対抗制度では、有体物である不動産を目的物としているため、対抗要件を備えた場合には、自らの利用を妨げられないだけでなく自分以外の者に利用を行わせないことまで対抗することが可能となることを踏まえれば、著作物等の利用許諾に係る権利についても、自らの利用を妨げられないという点について対抗を可能とする制度（上記アにおいて検討した利用許諾に係る権利の対抗制度）に加えて、それとは別に自分以外の者に利用を行わせないという点（独占性）についても対抗を可能とする制度を設けたとしても民法の一般法に反するものではないと考えられるところである。なお、上記アにおいて利用許諾に係る権利の対抗制度の導入を検討するに当たっては、これまで譲受人は譲り受けた著作物等の利用を行うことができることを前提にその与え得る不利益の程度を考慮してきたが、独占性を対抗することができる制度を設ける場合には、その前提が当てはまらなくなるため、改めて譲受人に与え得る不利益の程度を考慮した慎重な検討が必要とされる。

検討委員会においては、独占的ライセンスを対抗することができるとする制度を設ける場合には、譲受人は自らの利用や重畳的ライセンスをすることができないことになるため、独占的ライセンスの対象となる著作権等を譲り受けた譲受人の不利益が大きいことから、公示又は善意の譲受人の保護が必要であることが確認された。その具体的な在り方については、自分以外の者に著作物の利用を行わせないという点について第三者に主張できるという効果を認めるに当たっては登録のように公示をする制度とするのが本来的には望ましいものの、著作権の発生については無方式主義が採用されており登録が活用されにくいこと、日々発生する大量の著作物等について登録を行うことは現実的ではないことから、他の方法が検討されるべきとの意見が多かった。他の方法としては、対抗要件は不要とし、悪意者あるいは悪意有過失の第三者に対しては対抗することができるとする制度とすれば、善意無過失の譲受人は保護されるため問題が少ないのではないかという意見があった。この意見に対しては、第三者の主観を基準とすると、善意無過失の第三者は利用を継続できるとなり適法に利用できる者が複数存在する事態が生じるところ、そのような場合は事実上独占状態ではなくなり、法律関係が複雑となる場面が多いことから、何らかの客観要件を対抗要件とし、その具備の先後により優劣を決するのが望ましいのではないかという意見があった。

また、独占的ライセンスの保護について検討がされる場合には、上記の諸点に加え、後述の独占的ライセンシーへの差止請求権の付与の在り方を考える上で密接に関わる論点となり得ることから、併せて検討がなされることが望ましいと考えられる。

4 諸外国における類似制度について

(1) アメリカ

ア 対抗要件の在り方について

(ア) 著作物の利用許諾に係る権利の対抗制度

a 独占的利用許諾の著作権法上の取扱いについて¹⁹⁵

著作権の移転（譲渡）と著作物の利用許諾の対抗関係について、著作権法 204 条が規定しているが、米国著作権法における「著作権の移転（譲渡）」の概念が日本法のそれとは異なる。この概念の相違が対抗関係のあり方に差を生んでおり、この点をまず理解する必要がある。

すなわち、米国著作権法 101 条は、「著作権の移転」を「『著作権の移転』とは、著作権または著作権に含まれるいずれかの排他的権利の譲渡、モゲージ設定、独占的使用許諾その他の移転、譲与または担保契約をいい、その効力が時間的または地域的に制限されるか否かを問わないが、非独占的使用許諾は含まない。」¹⁹⁶と定義している。独占的な使用許諾が著作権の「譲渡」と同様の扱いを受け、この点で日本法と全く異なることに注意を要する。

また、著作権法 204 条は「著作権の移転は、法的作用によるものを除き、譲渡証書または移転の記録もしくは覚書が書面にて作成され、かつ、移転される権利の保有者またはその適法に授權された代理人が署名しなければ効力を有しない。」と定めており、著作権の移転は譲渡人の署名のある書面によらなければならない。この点も日本法と大きく異なる¹⁹⁷。

b 著作権の移転と著作物の独占的利用許諾の対抗関係について

著作物の移転（譲渡）と著作物の利用許諾に関する権利との対抗関係（優劣関係）については、著作権法 205 条(d)が定めている。

「矛盾する移転間の優先—二つの矛盾する移転の間においては、第(c)項に基づき擬制告知をなすために必要な方法で、合衆国での実行後 1 ヶ月以内もしくは合衆国外での実行後 2 ヶ月以内に、または後に行われた移転が上記の方法で登録される前に、登録された場合に、最初に実行されたものが優先する。その他の場合には、上記の方法で登録され、かつ、先の移転を知らずに有価の約因または使用料を支払う旨の拘束力のある約束に基づいて行われた場合に、後に行われた移転が優先する。」¹⁹⁸

より具体的に言えば、独占的利用許諾契約が書面で（米国内で）締結され、締結後 1 か月以内（米国外で締結された場合には 2 か月以内）又は後の移転が同様に登録される以前に著作権局に独占的利用許諾が登録され、205 条(c)の要件に従って擬制告知がなされた場合には、先に登録されたものが優先する。

他方、後の移転が先に登録され、かつ、当該移転が善意（in good faith、先行する著作権の移転について通知がされていないこと）かつ対価性を有している（贈与や遺産贈与ではない）場合には後の移転が優先する。

205 条(c)は、擬制告知を次のとおり規定している。

「擬制告知としての登録—著作権局への文書の登録は、以下の要件をすべて満たす場合に限り、すべての者に対する擬制告知となる。

- (1) 文書またはこれに添付された物が、著作権局長によって当該文書が索引に掲載された後において、著作物の題名または登録番号による合理的な検索によって明らかになるように、対

¹⁹⁵ 松田俊治「米国における出版物の利用に関する契約について」（上野達弘・西口元編著「出版をめぐる法的課題 その理論と実務」342 頁以下）参照

¹⁹⁶ 翻訳は、公益社団法人著作権情報センターの翻訳（http://www.cric.or.jp/db/world/america/america_c1a.html#101）に従った（以下、本稿において同様）。

¹⁹⁷ 17 U.S.C. § 204(a)(2000)。なお、1909 年法は、「著作権の移転は書面による」とされていたため（17 U.S.C. § 28 (1909 Act)）、1909 年法ではライセンスは不可分（全部譲渡でなければ「移転（譲渡）」ではないという）法理の下、著作権の移転とは考えられていなかったため、独占・非独占問わず、ライセンスのために書面は要求されていなかった。なお、このルールは、1978 年 1 月 1 日以前の利用許諾について適用される。

¹⁹⁸ このような悪意者対抗制度は、米国特許法 261 条、米国商標法（ランハム法）1060 条にも規定されている。

- 象となる著作物を特定していること、かつ
(2) 著作物について登録がなされていること。」

c 著作物の移転（譲渡）と著作物の非独占的利用許諾の対抗関係について

前述のとおり、利用許諾が非独占的な場合には「著作権の移転」とは扱われない。そして、非独占的利用許諾と著作権の譲渡との関係については、205 条(e)が次のとおり定めている。

著作権法 205 条(e)

「矛盾する著作権の移転および非独占的使用許諾の間の優先—非独占的使用許諾は、使用許諾の対象となる権利の保有者またはその適法に授権された代理人が署名した書面によって証明され、かつ、以下のいずれかにあたる場合には、登録されているか否かを問わず、矛盾する著作権の移転に優先する。

(1) 使用許諾が移転の実行前に取得されたこと、または

(2) 使用許諾が移転の登録の前に行われかつそれを知ることなく善意で受けられたこと。」

よって、著作物の非独占的利用許諾者は、①利用許諾が移転前に、又は②利用許諾が（移転後）移転登録前にそれを知らず、書面により適法になされたことが証明されれば、非独占的利用許諾が優先することとなる。つまり、日本法の場合でいえば、非独占的利用許諾を著作権の譲受人に対抗することができることになる。

なお、a の独占的利用許諾の場合とは次の点で異なっている。

第一に、その後の非独占的利用許諾契約が締結される前に登録された著作権の移転は、たとえ権利の移転が 205 条(c)に定められた要件に従った方法で移転のための書面が登録されていなくても

（前記 205 条(c)の(1)の要件：文書またはこれに添付された物が、著作権局長によって当該文書が索引に掲載された後において、著作物の題名または登録番号による合理的な検索によって明らかになるように、対象となる著作物を特定していることという要件を欠いても）、非独占的利用許諾に優先する。

第二に、独占的利用許諾とは異なり、非独占的利用許諾が優先的な保護を受けるために登録が必要とされていない。

第三に、独占的利用許諾とは異なり、非独占的利用許諾が優先的な保護を受けるために対価が支払われている又は対価支払いの合意があるといった事情は要求されていない。

イ 契約承継の在り方について

(7) ライセンス契約上の地位の移転

a ライセンサーの地位の移転¹⁹⁹

ライセンサーの地位の移転はライセンサーの権利として原則として自由に行うことができる。

b ライセンシーの地位の移転

(a) 非独占的ライセンス

契約で特段の合意がない場合について、裁判所は、連邦法のコモンローにおける非譲渡性の法理を特許法から採り入れ、非独占的な著作権のライセンスは属人的なもので、ライセンシーは著作権者の同意なく移転することはできないと判断している²⁰⁰。

よって、非独占的ライセンスにおいては、著作権者からの同意なくサブライセンスをすることは認められないという帰結となる。

¹⁹⁹ AIPPI, replies of the United States Group to Report Q190 (<http://aippi.org/wp-content/uploads/committees/190/GR190usa.pdf>) , question 4 a) は、「知的財産権のライセンサーはライセンス契約上の権利と義務を自由に第三者に譲渡することができる」とする。

²⁰⁰ See *Harris v. Emus Records Corp.*, 734 F.2d 1329, 1333-34 (9th Cir. 1984) (1909 法に関する事件); *In re Patient Educ. Media, Inc.*, 210 B.R. 237, 240 (Bankr. S.D.N.Y. 1997) (1976 年法の下で、1909 年法の『結論とポリシー』が同じ領域で同じく有効に適用されると判断した); see also *Michaels v. Internet Entm't Group, Inc.*, 5 F. Supp. 2d 823, 834 (C.D. Cal. 1998); *Seawind v. Creed Taylor, Inc.* (*In re Creed Taylor, Inc.*), 10 B.R. 265, 267-68 (Bankr. S.D.N.Y. 1981) (ライセンスが属人的な要素があることを一つの理由として、録音物の独占的な製造・販売ライセンスにおける譲渡禁止条項を支持した)。

(b) 独占的ライセンス

これに対して、独占的利用許諾の場合のライセンシーの地位の移転について、裁判所の判断は分かれている。前述したとおり、著作権法は、独占的利用許諾を著作権の「移転」の中に含めていることに加え、201 条は次のように定めている。

201 条(d)(1)「著作権は、あらゆる手段による譲渡または法の作用によって、その全部または一部を移転することができ、また、遺言によって遺贈しまたは無遺言相続法によって人的財産として移転することができる。」

201 条(d)(2)「第 106 条に列挙する権利を含む、著作権に含まれるいかなる排他的権利も、上記第(1)節に規定するとおり移転し、また、個別に保有することができる。特定の排他的権利の保有者は、かかる権利の範囲内で、本編が著作権者に対して認めるすべての保護および救済を受けることができる。」

これらの条文を根拠に、ライセンスの「譲渡」を含め、独占的ライセンシーに著作権者と同様の権利を認める裁判所がある²⁰¹。

しかし、これに対し第 9 巡回区控訴裁判所 (Gardner 判決)²⁰²は、上記の読み方とは異なり、1909 年法における解釈と同様、著作権ライセンスのライセンシーの地位は譲渡することはできないと判断した。Gardner 判決は、201 条(d)(1)を著作権者のみに限定的に適用する立場を支持し、同条(d)(2)の第二文を、著作権者とは異なり、独占的なライセンシーの権利を著作権法上の「保護と救済」に限定するように、文言を制限的に解釈した。

以上のような解釈に基づき、第 9 巡回区控訴裁判所は、譲渡について定めた 201 条(d)(1)と排他的権利の範囲を定めた 201 条(d)(2)の第一文は、著作権者にのみに適用があり、独占的なライセンシーには適用されないとした。

同判決は、知的財産権（著作権）の保有者（ライセンシーではなく、権利の保有者）によるライセンスを通じたコントロールを通じて創作性を増進させるという著作権政策的な観点からも、著作権者のみにコントロールを認める（独占的ライセンシーと区別する）解釈の合理性を正当化した²⁰³。

なお、上記第 9 巡回区控訴裁判所の判断を前提にすれば、独占的ライセンシーは、著作権者の同意なくサブライセンスすることも同様に認められないということになる²⁰⁴。

(イ) 契約上の地位の承継

著作権の譲渡に伴い、当該著作権のライセンス契約上の地位が当然に承継されるものではない。この点は、特許法の場合と同様であると考えられる²⁰⁵。

(ウ) 破産と著作物のライセンス契約上の地位の承継

a 破産の一般論

米国破産法の下、破産者（管財人）は破産財団を債権者のために最大になるよう努める義務がある。そして、ライセンス（契約）が双方未履行の（executory）状態にある場合には、①契約上の義務の引き受け・履行、②未履行債務の拒絶、③契約の第三者への譲渡、のいずれかの対応をとることができる。この点、ライセンス契約は、ライセンシーのロイヤルティ支払義務とライセンサーがライセンシーによる利用を確保する義務は双方の債務が未履行の契約と位置づけることができるため、契約上の義務の引き受け・履行、未履行債務の履行の拒絶、第三者への譲渡、の 3 つの対応のいずれかを管財人がとることになる。

b 契約上の義務の引き受け・履行

破産裁判所の認可によって申立て前から存在する契約は再び当事者を拘束することになる。但し、管財人は、契約の履行の際に、契約上の債務不履行を全て解消するか、そうできるだけ十分な保証を示さなければならない（さらに、将来の履行が確かにできることも示す必要がある）。

²⁰¹ See I.A.E., Inc. v. Shaver, 74 F.3d 768, 775 (7th Cir. 1996); In re Patient Educ. Media, 210 B.R. at 240.

²⁰² See, Gardner v. Nike, Inc., 279 F.3d 774 (9th Cir. 2002).

²⁰³ AIPPI, replies of the United States Group to Report Q190, question 4 b) ii)

²⁰⁴ 山本隆司「アメリカ著作権法の基礎知識（第 2 版）」（2008）182 頁

²⁰⁵ 愛知靖之「アメリカにおける当然対抗制度」（工業所有権法学会年報 35 号）127 頁

c 未履行債務の拒絶

裁判所が未履行債務の拒絶を認めた場合、破産法 365 条(g)は、破産管財人が契約に違反したものとみなして、ライセンシーは契約違反に基づく損害賠償を請求することができる（裁判所が請求を認めれば、一般債権として位置づけられる）と定めている。

この点、裁判所は、管財人等の拒絶の許否の際には経営判断の原則を受け、契約の履行拒絶が不誠実又は経営上の裁量の著しい濫用と認められない限り、裁判所は管財人の判断を尊重した。他により高額なロイヤルティを支払う第三者があるという理由による契約履行の拒絶は認められることになり、ライセンシーの地位を不安定なものとする²⁰⁶。

さらに、1988 年の連邦倒産法の改正により、管財人が履行拒絶を選択した場合、ライセンシーが①この拒絶によって契約が終了したとものとして扱うか、②ライセンス契約で定められた期間、倒産手続の開始前と同様に、当該ライセンス契約上の権利を行使し続けることも選択することができる。ただし、②の場合、著作物を利用することは可能だが、ノウハウ提供義務などライセンサーの積極的義務の履行を求めることはできない²⁰⁷。他方、ライセンシーは、ライセンス契約で定められたロイヤルティ全額を支払う義務を負担する^{208・209}。

d 第三者への譲渡

契約書上、譲渡が禁止されていても、契約を譲渡し、その対価によって破産財団を大きくすることを認めている²¹⁰。

(2) イギリス

ア ライセンシーの著作権の利用に係る権利の第三者への対抗

(7) ライセンス対象著作権の移転時

イギリスの著作権法である 1988 年 CDPA²¹¹（以下、1988 年 CDPA とする）の第 90 条 4 項は、著作権者により付与されるライセンスは、その著作権に関する利益に対する権原のすべての承継人に対して拘束力をもつ²¹²。ただし、この承継人が、有価な約因での誠実な取引による譲受人であり、ライセンスに関して善意（現実の又は推定による）²¹³である者又はそのような譲受人から権限を得ている者である場合には、拘束力は及ばないとしている²¹⁴。

すなわち、著作権に関するライセンシーは、著作権の承継人が善意有償の第三取得者である場合には、ライセンスにより適法とされる行為を行うことができないが、そうでない場合には、ライセンスにより適法とされる行為を行うことができる。著作権の譲受人が悪意者である場合には対抗できるので、悪意者対抗制度と分類することができると考えられる。また、この悪意者対抗との帰結

²⁰⁶ 愛知 122 頁、高木新二郎「アメリカ連邦倒産法」（1996）130 頁によれば、許諾者の中には、契約条件を有利に改訂するための交渉の過程の中で、倒産申立てをするかもしれないことを仄めかし、交渉の道具とする者もあり、それが法改正の議論を生んだ。

²⁰⁷ 破産法 365 条(n)(1)(B)。

²⁰⁸ 愛知 133 頁は、実施の対価とノウハウ提供やメンテナンスの提供を明瞭に区別している場合にはライセンシーの義務が実施料に限定されるという見解を紹介している。

²⁰⁹ Peter S. Menell, Bankruptcy Treatment of Intellectual Property Assets: An Economic Analysis (March 1, 2007). Berkeley Technology Law Journal, Vol. 22, p. 733, 2007 は、現行法以上にライセンシーの立場を保護するため、積極的な債務について内容に応じ裁判所の裁量で履行を認める制度の導入を提言する。

²¹⁰ 破産法 365 条(f)(1),(2)。

²¹¹ Copyright, Designs and Patents Act 1988, c. 48 (CDPA 1988)。

²¹² CDPA 1988, s 90(4)。

²¹³ 善意（現実の又は推定による）“without notice (actual or constructive)”については、ライセンスの存在を知っていれば、現実の認識（actual notice）があり、ライセンスに関して善意ではないということになる。また、特にビジネスの場面で著作権の譲渡を受けるという状況において、ライセンスの存在に注意を払うのが通常であるため、推定的な認識（constructive notice）があると判断されるのが通常である。もっとも、特殊な状況、たとえば、ライセンスが存在しなかったにもかかわらず、著作権の譲渡を受ける直前に第三者にライセンスが設定されたような状況では、たとえビジネス上の著作権譲渡であっても、推定的な認識が認められないという状況はあり得る（2018 年 3 月 11 日に行った Jonathan Griffiths 教授（ロンドン大学クイーンメアリー校）へのヒアリングに基づく。但し、内容の正確さは筆者の文責である）。

²¹⁴ CDPA 1988, s 90(4)。

について、1988年CDPA第90条4項は、(制定法上の)排他的ライセンス²¹⁵(exclusive licence)²¹⁶と非排他的ライセンス(non-exclusive licence)とを区別していない。

なお、1988年CDPA第90条4項それ自体は、ライセンス契約に基づく契約上の関係が、善意有償の第三取得者に承継されることを意味するわけではない。

(イ) 著作権が第三者に移転された場合のライセンス契約の承継

ライセンス契約に基づくライセンシーの権利に関しては、イギリス法における契約条項第三者不適用の法理(privity of contract)により、契約の当事者であるライセンサーに対してのみ権利を主張できるのが原則である²¹⁷。財産権の移転に関するイギリス法の一般的な立場は、契約で別段の定めをしない限り、他の当事者の合意がない場合には、利益のみが移転し、義務は移転しないというものである²¹⁸。

1988年CDPA92条2項は、「排他的ライセンスに基づいてライセンスを得た者は、ライセンスを付与する者に対して有する権利と同一の権利を、ライセンスにより拘束される権原の承継人に対しても有する」としている。

この規定の意味については、1988年CDPA90条4項との関係で理解する必要がある。第90条4項は、ライセンスの対象となっている著作権が移転した場合に、承継人を「拘束する」(binding)としている。90条4項の規定と90条2項の規定との関係で、イギリスの代表的な教科書は、著作権が第三者に移転された場合のライセンス契約上の義務の承継について、次のように解説している。

「ライセンサーが排他的ライセンスに抵触する行為をした場合、ライセンシーの救済は契約違反に関する請求に限定される。ライセンサーの譲渡行為についても同様に、ライセンシーは、制定法による場合は別として、救済手段を有していない。これはなぜかといえば、譲受人がライセンスの拘束を受けるとしても(1988年著作権法90条4項及びpara. 5-206参照)、譲受人はライセンサーの有する契約上の義務の負担を引き受けるわけではないし、また、譲受人は著作権者であるので、著作権侵害の訴訟を受けることはないからである(101条1項および16条2項も参照)。このような状況に対処するため、排他的ライセンスに基づくライセンシーには、ライセンスによって拘束される承継人に対しても(換言すれば、善意有償の第三取得者及びその承継人以外の者。1988年CDPA90条4項及びpara 5-206参照)、ライセンスを付与した者に対して有するのと同じ権利(92条2項参照)を有すると規定されている。このことの効果として、ライセンサーの契約上の義務は、制定法に基づいて、善意有償の第三取得者を除いて、その承継人にも課せられると考えられる。この規定は、1988年法により新たに導入されたものであり、1989年8月1日以前に付与された排他的ライセンスとの関係では適用されない(スケジュール1 para 29)」²¹⁹(脚注部分の記述は、本文に

²¹⁵ 制定法上の特別の効果のある排他的ライセンスとなるには、CDPA 1988, s 92(1)に基づき、①当該排他的ライセンスがなければ著作権者が排他的に行使することができる権利についてのライセンスであること、②ライセンシーに対して、ライセンスを付与する者を含むその他のすべての者を排除してその権利行使することを許可することを内容としたライセンスであること、③著作権者により又はその者のために署名されたものであること、④書面によりなされていること、の要件を満たす必要がある。

²¹⁶ ここでは、exclusive licence の訳として、「排他的ライセンス」を当てた(なお、イギリス英語なので、license ではなく、licence となる)。イギリスでは、制定法上の exclusive licence は、他人を排除して利用する権限も含まれることが法定されている(CDPA 1988, s 92(1))。物権的な意味での排他性までは含まない日本の独占的ライセンスと区別する意味で、「排他的ライセンス」と訳した。他方、日本の著作権法の分野では著作権者が「他の者には重ねて許諾をしないとの約束をする場合」の利用許諾を独占的利用許諾(独占的ライセンス)と呼称している(高林龍『標準著作権法』(有斐閣、2016年)204頁)。今回、本報告書のなかで、イギリス法と日本法との比較法をする場合に、イギリスの exclusive licence を独占的ライセンスと訳すと、前提がかなり異なる内容のものに同じ用語を当てることになり、混乱を生じることになると思われるので、訳をあえて違えることにした。exclusive licence を独占的ライセンスと訳する場合もあり、文脈によってはそれも正しいと思われる。なお、イギリスにおける日本の「独占的ライセンス」に相当するもの、すなわち、他の者には重ねて許諾をしないとの約束をする場合のライセンスについては、sole licence (単独ライセンス/独占的ライセンス)と呼んでいる。

²¹⁷ Michael Flint, Clive Thorne, Jonathan Cornthwaite, User's Guide to Copyright (7th edn. Bloomsbury 2017) Kindle version para. 9.28, No.4792/14391.

²¹⁸ Simon CHALKLEY, Trevor COOK, Stephen GARE, Miles GAYTHWAITE, David HARRISON, Nicholas MACFARLANE and Gareth MORGAN, Contracts regarding Intellectual Property Rights (assignments and licenses) and third parties (Q190) (United Kingdom), AIPPI, p. 2. <http://aippi.org/wp-content/uploads/committees/190/GR190uk.pdf> (最終閲覧日 2018年1月11日)。

²¹⁹ Caddick, N, Davies, G and Harbottle, G, Copinger and Skone James on Copyright, 17th edition (Sweet & Maxwell, 2016), at section 5-215.

挿入する形で引用)²²⁰。

以上を整理すると次の通りである。

非排他的なライセンスの場合、すべての当事者間（著作権の譲渡人と譲受人（第三者）、ライセンシー）との間における契約の更改(novation)がなければ、譲受人に契約上の義務は移転しない。このことに対する例外として、著作権の排他的ライセンスについては、1988 年 CDPA92 条 2 項という制定法の規定の効果として、契約上の地位が承継されるものと考えられる。

なお、92 条 2 項により排他的ライセンスについては契約上の義務が移転するのであるとしても、1988 年 CDPA90 条 4 項の適用が前提となるので、契約上の義務が承継するには、著作権の承継人が、善意有償の第三取得者ではないことも必要となる²²¹。

	第三者対抗	契約上の地位の移転
排他的ライセンシー	○ (90 条 4 項。善意有償の第三取得者を除く)	○ (92 条 2 項。但し、90 条 4 項の善意有償の第三取得者を除く) 90 条 4 項、92 条 2 項の条件を満たさない場合：契約の更改が必要
非排他的ライセンシー	○ (90 条 4 項。善意有償の第三取得者を除く)	契約の更改が必要

イ ライセンシーの破産時について

(7) 清算、管理レシーバーシップ、アドミニストレーション（会社管理手続）

イギリスでは、「破産」(bankruptcy)の用語は、個人に適用されるのに対して、会社の場合は「倒産」(insolvency)の用語が用いられる。倒産については幾つか種類があり、清算(Liquidation)、管理レシーバーシップ(Administrative Receivership)、アドミニストレーション(Administration)がある。

イギリスの倒産法には、知的財産権及び知的財産権に関する契約に対する破産や倒産の影響に明示的に対処する規定は存在しない。個人の破産の場合、当該個人の全ての資産（当該個人が当事者となっている契約に基づく知的財産と契約上の権利を含む）は自動的に破産管財人に帰属する。会社の資産（契約に基づく権利を含む）については、当該会社に帰属したままになるが、清算人、管理レシーバー又はアドミニストレーター（倒産の性質に応じて異なる）の支配管理下に置かれる²²²。

(i) 「負担となる財産」(onerous property)

清算人による倒産会社の清算の場合（及びアドミニストレーション又は管理レシーバーシップには基づかない場合）、1986 年倒産法²²³178 条は、清算人は「負担となる財産」(onerous property)については放棄することができると定めている²²⁴。この負担となる財産には、「利益にならない契

²²⁰ 前述した AIPPI の資料は、Copinger の考え方について、次のように整理している（Copinger の旧版の記述を引用しているが、当該記述部分の内容は同様である）。「第 90 条 4 項は、ライセンシーが、著作権者及び著作権者の下で権利を主張する者（善意有償の第三取得者を除く）に対して、著作権で制限される行為をライセンスで許される範囲で行うことを認めている。しかし、この規定は、ライセンシーに、譲受人に対する救済手段を与えるものではない。なぜなら譲受人は、ライセンサーの契約上の義務という負担を引き受けていないし（イギリスの法律の下では契約の利益だけしか譲渡することができないため）、また著作権者による侵害についても、譲受人を提訴することはできないからである。それゆえ、独占的ライセンシーの場合（に限って）、ライセンサーの契約上の義務を譲受人（善意有償の第三取得者を除く）に課すという CDPA92 条 2 項が必要になる」。See *supra* note 218 p. 3.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*, p.8.

²²³ Insolvency Act 1986, c 45.

²²⁴ 内閣府 産業再生機構担当室『各国の事業再生関連手続について－英仏米の比較分析－』（平成 17 年 12 月）83 頁は、1986 年倒産法第 178 条について、次のように説明している。「清算人は、所定の通知をすることによって、負担となる財産を放棄することができる（規則第 4.187 条および フォーム 4.53）。「負担となる財産」には、売却できないか、または支払い義務その他負担となる責任を生じさせる可能性のある、不採算な契約およびその他の会社財産を含む。この放棄によって、放棄日から、放棄される会社の財産のまたは財産に関連する会社の権利、利益、責任が決定される。しかし会社を債務から解放するために必要な範囲内を除き、その他の者の権利または債務に影響しない。清算人が放棄しなければならぬ期限はない。しかし、利害関係人は、28 日以内に、清算人が決定を行うことを要求する通知を出すことができる（この後は、清算人の権利は消滅する）。相手方は、損失または損害の範囲内で損害賠償請求権を有し、それは無担保債権である。これは、会社がテナントとなるリースによく使用される」と説明している。

約」(any unprofitable contract)が含まれるとされている(178条3項(a)²²⁵)。したがって、ライセンス契約は、これに該当する可能性がある。

この「利益にならない契約」と知的財産権のライセンスについて、AIPPIの資料では、次のように説明している。「英国では知的財産ライセンスの具体的な文脈で「利益にならない契約」の意味を考慮したもので裁判例は存在しない。ライセンサーがライセンスに基づき継続的な義務を負わない場合(例えば実施許諾される知的財産を維持するための更新料、技術的サポート／保守、又は品質管理の義務など)、特にライセンスに基づきライセンシーが独立当事者間ロイヤルティ価格を支払う継続的な義務を負っている場合²²⁶などにおいて、ライセンスが利益にならないことを清算人が主張できるのかの判断は難しい。しかし、ライセンサーが継続的義務を負う場合には、清算人がライセンスを放棄してしまうというリスクが存在する」²²⁷。

(ウ) 責任の否認(disclaimer)

1986年倒産法178条4項²²⁸は、責任の否認(disclaimer)について定めている。否認された契約に基づく会社の責任、利権及び権利は消滅するが、会社(具体的には、ライセンサー)の責任を免除するという目的のために必要な範囲を除き、責任の否認はその他の者の権利や責任には影響しない、とされている。

この「責任の否認」と知的財産権のライセンスについて、AIPPIの資料では、次のように説明している。「ライセンシーが否認されたライセンスの下でも引き続きロイヤルティを支払う義務があるのかどうかについては明確ではない。なぜなら178条4項は、責任の否認はライセンサーの責任だけではなく、否認される財産に対する又はそれに関する権利も終了させると定めているからである。そのため、ロイヤルティをライセンサーが受領する権利を終了させることについて少なくとも論じる余地はある」²²⁹。

(3) ドイツ

ア ライセンシーの著作権の利用に係る権利の第三者への対抗

(7) ライセンスの持続効(承継的保護)について

ドイツ著作権法は、著作物の利用に係る権利として、「単純利用権(einfaches Nutzungsrecht)」と「排他的利用権(ausschließliches Nutzungsrecht)」を規定している(31条1項)。「単純利用権」とは、「他人に利用を排除されることなく、自らに許諾された方法により著作物を利用する権利」をいい(31条2項)、「排他的利用権」とは、「他の全ての者を排除して自らに許諾された方法により著作物を利用し、利用権を許与する権利」をいう(31条3項)。ドイツ著作権法は、これら二種類の利用権が、そのもととなった著作権に係る事後的な物権変動に対して持続効(Weiterwirkung)を有することを定めている(33条)。すなわち、「①排他的利用権、及び単純利用権は、事後に許与された利用権に対し、引き続きその効力を有する。②利用権を許与した権利者が変更した場合、及び、③当該権利者が自己の権利を放棄した場合も同様とする²³⁰」(①～③の番号は筆者が付した

²²⁵ Insolvency Act 1986, c 45, s178(3) The following is onerous property for the purposes of this section—

(a) any unprofitable contract, and

(b) any other property of the company which is unsaleable or not readily saleable or is such that it may give rise to a liability to pay money or perform any other onerous act.

²²⁶ 独立の第三者間であれば成立するであろう価格であって、経済的な合理性のある取引関係に基づいて適正な価格で支払うことを合意しているような場合。

²²⁷ Simon CHALKLEY, et al., *supra* note 218, p. 8.

²²⁸ Insolvency Act 1986, c 45, s178(4), A disclaimer under this section—

(a) operates so as to determine, as from the date of the disclaimer, the rights, interests and liabilities of the company in or in respect of the property disclaimed; but

(b) does not, except so far as is necessary for the purpose of releasing the company from any liability, affect the rights or liabilities of any other person.

²²⁹ Simon CHALKLEY, et al., *supra* note 218, p. 8.

²³⁰ 現行33条は、2002年の著作権法改正により修正されたものである。旧33条は、「著作権者が排他的な利用権を許与する前に許与した単純利用権は、著作権者と単純利用権者との間で特段の取り決めがない限り、排他的利用権者に対してもその効力を有する」と規定していた。現行33条と比べると、①対象となる利用権を著作権者の許与した単純利用権に限っている点、②持続効が認められる場合を著作権者が事後的に排他的利用権を許与した場合に限っている点で、適用範囲は狭いものとなっていた。もっとも、旧規定の下でも、排他的利用権者が許与したサブライセンスに持続効が認められる

ものである)。

①は、先行利用権が後続の利用権に対して効力を有することを定めたものである。例えば、著作者が単純利用権を許与した後に、それと内容の重複する排他的利用権を他人に許与した場合、単純利用権は後続の排他的利用権の影響を受けずに存続することになる。②は、利用権のもととなった著作権や排他的利用権が譲渡された場合²³¹に、利用権(サブライセンスを含む)が新たな権利者に対してその効力を有することを定めたものである。③は、利用権のもととなった権利が放棄された場合にも、利用権が効力を有することを定めたものである。例えば、著作者から排他的利用権を許与された者が、第三者にサブライセンスを許与した後に排他的利用権を放棄した場合も、著作者との関係で、サブライセンスの効力は存続することになる²³²。

ドイツでは、このように利用権を事後的な物権変動から保護することを「承継的保護(Sukzessionsschutz)」と呼んでいる。承継的保護は、著作権法のみならず、工業所有権法(産業財産権法)においても共通に採用されているものである²³³(特許法 15 条 3 項、実用新案法 22 条 3 項、意匠法 31 条 5 項、商標法 30 条 5 項参照)。

承継的保護は、利用権の存続に対する利用権者の信頼を保護し、利用権者の投資回収を可能にすることを目的とする²³⁴。また、承継的保護は、「著作者は自己の保持する権利のみを許与することができる」という考え方を基礎にしている²³⁵。ドイツでは、物権的な処分行為に関して、先行処分が後行処分に優先し、先行処分は後行処分の影響を受けないとする考え方が採られているため²³⁶(このような考え方を「優先の原則(Prioritätsprinzip)」と呼ぶ)、著作者が物権的な利用権を許与すると、著作者はその分、処分権を費消したことになり、同一の対象について後続の利用者のために処分することができなくなる²³⁷。その結果、後続の利用権は、先行の利用権と重複する範囲においては効力を生じないことになる。排他的利用権は、物権的な利用権であるため、著作者が排他的利用権を許与した後に同一の対象について第三者に利用権を許与した場合、「優先の原則」に基づき、後続の利用権は無効となり、先行の排他的利用権は完全な効力を有することになる²³⁸。著作権法 33 条が排他的利用権について承継的保護を認めているのは、このことを確認する意味を持つものといえる²³⁹。一方、単純利用権は、著作権法 33 条が承継的保護を定めることにより、物権的な利用権としての効力が認められたことになる²⁴⁰。

ドイツでは、利用権を公示する制度がないため、利用権を取得する者は、先行利用権の存否につ

など(BGH, Urt. v. 25.06.1985, GRUR 1986, 91, 93-Preisabstandsklausel 参照)、旧規定は拡張的に解釈されており、学説上も、両規定の適用範囲に実質的な差はないと解されている(Dreier/Schultz/Schultz, UrhG Kommentar, 4 Aufl. 2013, §33 UrhG Rdnr.2; Möhring/Nicolini/Soppe, Urheberrecht Kommentar, 3 Aufl. 2014, §33 UrhG Rdnr.12; Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, Urheberrecht, 11 Aufl., 2014, §33 UrhG Rdnr.3; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, UrhR Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4 Aufl.2014, §33 UrhG Rdnr.12; Schricker/Loewenheim/Ohly, Urheberrecht Kommentar, 5 Aufl. 2017, §33 UrhG Rdnr.7)。

²³¹ ドイツ著作権法は、権利の構成について一元論(著作権を財産的権能と人格的権能の双方を含む一元的な権利と理解する考え方)を採用しているため、著作権の譲渡は原則として認められないが、例外的に、死因処分を理由とした執行による譲渡、および、遺産分割による共同相続人への譲渡が認められている(29 条 1 項参照)。

²³² なお、著作権法は、サブライセンスのもととなった排他的利用権が放棄により消滅した場合についてのみ定めているが、近時、最高裁は、放棄以外の理由により排他的利用権が消滅した場合(ライセンス契約の解除など)にも、サブライセンスの存続を認める判断を示している(BGH, Urt. v. 26.3.2009, MMR 2009, 838-Reifen Progressiv; BGH, Urt.v. 19.7.2012, GRUR 2012, 914-Take Five; BGH, Urt. v. 19.7.2012, GRUR 2012, 916-M2Trade 参照)。

²³³ 工業所有権法では、「権利の移転やライセンスの付与は、それ以前に第三者に付与されたライセンスに影響しない」と規定されている。

²³⁴ BGH, GRUR 2012, 915 -Take Five; BGH, GRUR 2012, 918 -M2Trade; Möhring/Nicolini/Soppe, §33 UrhG, Einl.; Schricker/Loewenheim/Ohly, §33 UrhG Rdnr.1.

²³⁵ BGH, Urt.v. 25.6.1985, GRUR 1986, 91, 93-Preisabstandsklausel; Schricker/Loewenheim/Ohly, §33 UrhG Rdnr.1.

²³⁶ Möhring/Nicolini/Soppe, §33 UrhG Rdnr.1.

²³⁷ Dreier/Schultz/Schultz, §33 UrhG Rdnr.4; Schricker/Loewenheim/Ohly, §33 UrhG Rdnr.1.

²³⁸ Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, §33 UrhG Rdnr.9; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, §33 UrhG Rdnr.10; Schricker/Loewenheim/Ohly, §33 UrhG Rdnr.11.

²³⁹ この点、Möhring/Nicolini/Soppe, §33 UrhG Rdnr.2 は、厳密に言えば、33 条が排他的利用権に承継的保護を認めていることは余分であると述べている。

²⁴⁰ ドイツでは、著作権法 33 条が単純利用権に承継的保護を認めていることから、単純利用権を物権的な利用権であると解する見解が多数を占めている(Dreier/Schultz/Schultz, §33 UrhG Rdnr.4; Schricker/Loewenheim/Ohly, §33 UrhG Rdnr.2; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 8 Aufl. 2017, Rdnr.604)。もちろん、単純利用権に物権的な効力が認められるといっても、単純利用権は著作物を利用する権利にすぎないため(31 条 2 項参照)、著作者が複数人に内容の重複する単純利用権を許与した場合、後続の利用権は、先行利用権の存在に関わらず、有効となる(Schricker/Loewenheim/Ohly, §33 UrhG Rdnr.10 参照)。

き、著作者等の権利者に事前に確認をする必要がある²⁴¹。著作者等が先行利用権の存在を適切に告知しなかったために、後続の権利者が完全な権利を取得できなかった場合には、著作者等に契約責任が成立する²⁴²。

著作権法 33 条は、任意規定であるため、当事者の合意により、承継的保護のない利用権を許与することも可能とされている²⁴³。

(イ) 著作権が第三者に移転等した場合のライセンス契約の承継

承継的保護は、利用権に与えられるものであり、ライセンス契約上の債権的な権利に与えられるものではない²⁴⁴。当事者の債権的な関係は、承継的保護によって変更されることはない²⁴⁵。よって、利用権を許与した権利者に変更が生じた場合も、当事者間に特段の合意がない限り、旧権利者がライセンス契約の当事者にとどまることになる²⁴⁶。また、利用権（サブライセンス）を許与した排他的利用権者が排他的利用権を放棄した場合は、著作者、旧排他的利用権者、サブライセンシーの三者の合意によりサブライセンス契約が著作者とサブライセンシーに承継されない限り、旧排他的利用権者がサブライセンス契約の当事者にとどまることになる²⁴⁷。もっとも、この場合、著作者は、不当利得法に基づき、旧排他的利用権者からサブライセンシーに対するライセンス料債権の移転を受けるか²⁴⁸、サブライセンシーに対し直接ライセンス料の請求をすることができるとされる²⁴⁹。

イ ライセンサーが破産した場合のライセンシーの保護

ドイツには、著作物のライセンス契約のライセンサーが破産した場合に、利用権を保護する制度は存在しない。よって、ライセンサーが破産した場合に利用権が存続するかどうかは、倒産法の一般原則によって定まることになる²⁵⁰。

ドイツ倒産法 103 条は、倒産開始手続時に双務契約で双方の債務が未履行である時は、管財人が履行するか、履行を拒絶するかを選択権を有すると規定している。ライセンス契約は、著作物に関する継続的な利用契約として同条に服するものとされ、破産手続の開始時に双方の債務が未履行である場合には、ライセンス契約の帰趨は管財人の選択権に委ねられるとされる²⁵¹。管財人が履行を選択した場合、利用権はそのまま存続することになる。この場合、管財人が利用権のもととなる権利を処分したとしても、利用権は承継的保護を受けることができるため、特に問題はない。一方、管財人が履行を拒絶した場合、ライセンス契約は修正され、ライセンシーは、倒産債権者として不履行を理由とする損害賠償を請求し得るととどまる（倒産法 103 条 2 項参照）²⁵²。

²⁴¹ Schack, Rdnr.601.

²⁴² Dreier/Schultz/Schultz, §33 UrhG Rdnr.6 ; Möhring/Nicolini, §33 UrhG Rdnr.1 ; Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, §33 UrhG Rdnr.10 ; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, §33 UrhG Rdnr.11 ; Schack, Rdnr.601 ; Schricker/Loewenheim/Ohly, §33 UrhG Rdnr.10.

²⁴³ Möhring/Nicolini/Soppe, §33 UrhG Rdnr. Einl. ; Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, §33 UrhG Rdnr.12 ; Schricker/Loewenheim/Ohly, §33 UrhG Rdnr.4. なお、旧 33 条は、当事者の合意により承継的保護の適用を排除することができることを明文上定めていた。

²⁴⁴ Schricker/Loewenheim/Ohly, §33 UrhG Rdnr.22.

²⁴⁵ Schricker/Loewenheim/Ohly, §33 UrhG Rdnr.25.

²⁴⁶ Schricker/Loewenheim/Ohly, §33 UrhG Rdnr.26. 商標権の移転に関する事案であるが、最高裁は、ライセンス契約は、商標権が新権利者に移転した後も、旧権利者とライセンシーとの間で存続すると判示している（BGH, GRUR 2016, 201, 205-Ecosoil）。

²⁴⁷ Schricker/Loewenheim/Ohly, §33 UrhG Rdnr.27.

²⁴⁸ BGH, GRUR 2012, 918-M2Trade は、ライセンシー（サブライセンサー）の債務不履行により本ライセンス契約が解除された場合に、ライセンサーは、ライセンシー（サブライセンサー）に対し、民法 812 条 1 項 1 文に基づき、サブライセンシーに対する未回収分のライセンス料債権を移転するように請求することができると判示している。

²⁴⁹ Schricker/Loewenheim/Ohly, §33 UrhG Rdnr.27.

²⁵⁰ AIPPI Study Committee, Bericht Q190 Verträge über Schutzrechte des geistigen Eigentums (Übertragung und Lizenzen) und dritte Parteien, S.16.

²⁵¹ BGH, Urt. v. 17.11.2005, GRUR 2006, 435, 437-Softwareutzungsrecht.

²⁵² AIPPI Study Committee, S.19. もっとも、ライセンスの「買い取り (Lizenzkauf)」の場合には、通常、双方の債務が完全に履行されているため、103 条は適用されず、ライセンシーは利用権を保持することができる（商標権に関する事案であるが、BGH, GRUR 2016, 204-205-Ecosoil 参照）。

(4) フランス

＜はじめに＞

著作権法（知的財産法典第1編ないし第3編。以下同じ）においては、著作者が、その著作財産権を、利用者による利用が可能となるよう、対価を支払い、利用者に譲渡する旨の著作権の譲渡契約（*contrat de cession*）の定めはあるが、ライセンス契約（*contrat de licence, contrat de concession*²⁵³）に関する明確な定めがない。そこで、著作権法におけるライセンスの性質を巡って、学説上の対立が存在する²⁵⁴。

伝統的な見解（Lucas、François、Gaudrat、Colombet）は、ライセンスの概念を否定し、ライセンス契約とされていても、譲渡を内容とする契約であると捉える。これに対し、近時の有力説（Desboisのほか、Vivan、Pollaud-Dulian、Caronなど比較的若手の学者が賛同する）は、ライセンスの概念を否定することなく、契約内容によって契約の性質を区別する。後者の見解によれば、譲渡契約であってもライセンス契約と解されることがあり、この場合、*cession*（譲渡）というより、排他的ライセンスの性格を意味することになる。今日の状況から、伝統的な見解は現実と乖離し、もはや維持は困難と思われる。実際、著作権分野においても、実務上ライセンス契約の存在は否定できず、判例²⁵⁵も認めるところである。このような議論をしている状況なので、本件の各論点については、明快な解決は図られていないというのが現状である。

加えて、知的財産法典における著作権に関する契約の規定には、契約の相手方に対して相対的に弱い立場にあるとされる著作者保護の思想が根底に存在する。たとえば、知的財産法典は、報酬の定め方など利用者の義務に関して、厳格な規定を置くなど、著作者を害することがないように配慮している。他方、著作者も相応の義務を負うことが定められているので、それが本件の各論点に関する解決の糸口となる。

ア ライセンシーの著作権の利用に係る権利の第三者への対抗

(7) ライセンス対象著作権の移転時

工業所有権の分野と異なり²⁵⁶、著作権契約（譲渡契約およびライセンス契約）に関する公示制度はないが、そうであっても、これらの契約が第三者に対抗できる（*opposable aux tiers*）と記載する文献²⁵⁷もある。ただし、どのような意味で「対抗できる」というのか明確ではない。著作権契約について、譲渡契約とライセンス契約の区別を捨象し、伝統的見解に則り、すべて譲渡であると理解するならば、ライセンス契約とされる契約であっても常に第1譲受人が第2譲受人に対抗できると考えられなくもない。しかし、ライセンス契約を常に譲渡契約と解しうるか、また、ライセンス契約の性質を有する契約にこのような結論を当てはめることができるのか、やはり疑義がある。

a 出版契約（知的財産法典132-1条以下）について

出版契約（譲渡契約²⁵⁸）に関して、132-16条1項は、出版者が、著作者の同意なく出版契約を譲渡できないことを定める。この規定は、公序であり、この合意を潜脱する契約条項は違法である。出版者が著作者に無断で出版契約を譲渡した場合、譲渡は本条の規定により相対的無効となる²⁵⁹。

これに対し、知的財産法典は、著作者の保護を主眼としているため、著作者ないしライセンサーが権利を譲渡した場合に関する明示的規定は存在しない。ただし、知的財産法典は、著作者が、出版者に対し、譲渡した権利の「平穏な、かつ別段の取り決めのない限り排他的な行使」を「保証する義務」を負うことを定める（132-8条1項）。そして、著作者は、この権利を尊重させ、かつ、

²⁵³ *concession* は、許諾（*autorisation*）を意味し、ライセンスと同等と理解できる *licence* は、英語から流入した用語で、禁を解くというのが本来の意味であり、その観点から *permission* に近い。

²⁵⁴ 学説の整理は、Alexis Boisson “La licence de droit d’auteur” LexisNexis による。

²⁵⁵ Cass.civ. 18 oct. 1994

²⁵⁶ 工業所有権分野におけるライセンス契約の登録手続は、特許権につき、知的財産法典 613-9 条、商標権につき同 714-7 条、意匠権につき、同 513-3 条。登録により、権利を第三者に対抗できる。

²⁵⁷ « Les contrats relatifs au droit de la propriété intellectuelle (transferts et licences) et les tiers » AIPPI

²⁵⁸ 132-1 条：出版契約とは、精神の著作物の著作者又はその権利承継人が、その著作物の発行及び頒布を出版者が確保することを条件としてその著作物の複製物を多数製造し、もしくは製造させる権利またはデジタル形式でそれを実行しもしくは実行させる権利を、一定の条件に従って、出版者と呼ばれる者に譲渡する契約をいう。

²⁵⁹ Cass. 1er civ. 30 janv. 2007 RIDA2007 年 4 月 212 号

加えられるいかなる侵害に対しても、この権利を守る義務を負う（同条2項）。たとえば、その著作物が権利侵害を行っている場合には、出版者を防御しなければならない。また、著作物が第三者に帰属する場合の追奪からも、出版者を防御しなければならない。著作者が権利を譲渡した場合において、著作者が譲渡した著作物とそっくりな著作物を制作することは、自作品の剽窃となる。また、本条に基づき、譲渡人である著作者による利用は著作権侵害となる。

そこで、ライセンシーは、上記規定の枠内で、保護される可能性（法律上、出版契約はライセンスではないので、あくまで可能性）がある。また、上記規定では、「対抗できる」とは規定していないので、ライセンシーが保護されるとしても、保証の範囲での保護ということになる。したがって、契約の性質が譲渡契約であれば、一旦、出版契約を締結すれば譲渡であるから、二重譲渡^{260・261}（cession parallèle または double cession）はできず、万が一、二重譲渡を行った場合、他人物の譲渡であるから、第一譲受人が優先し、第二譲受人が追奪保証の適用を受けると考えられる。また、著作権侵害でもあり、不法行為責任を負う。次に、第一ライセンシーに独占的にライセンスしたにも関わらず、二重ライセンスを行った場合、第二ライセンシーはライセンサーに対して保証を要求できると解する余地がある。ライセンサーである著作権者が著作権を譲渡した場合も同様、ライセンサーである元著作権者に対し保証を要求できると解される。しかし、このように解するとしても、ライセンシーは、ライセンサーに対する保証を要求できる範囲で保護されているにとどまり、これをもって、当然対抗を認めたとは解することには疑義がある。

b 上演・演奏契約（132-18条以下）について

上演・演奏契約の定義規定²⁶²によれば、上演・演奏契約は、ライセンス契約である。ただし、ライセンス契約の存在を否定する立場からは、当該契約も譲渡契約と理解されることになると考えられるが、条文の規定にそぐわない。

なお、132-20条I第1項は、「欧州共同体の加盟国からテレビ放送される著作物の国内領域における有線による、同時の、全体的及び変更のない再送信を許諾する権利は、1997年3月27日の法律第97-283号の効力発生の日以後は、使用料徴収分配協会のみが、行使することができる。この協会が、第3編第2章によって規制される場合には、その協会は、文化担当大臣からそのための認可を得なければならない。」と定めるが、同条II第1項は、「Iの規定にかかわらず、権利者は、その権利を視聴覚伝達企業に譲渡することができる」と定められている。本規定によれば、権利者は視聴覚伝達企業以外の企業には、権利を譲渡することができないことになる。本規定に違反して譲渡した場合には、著作権契約の一般法の性質を有する上記出版契約の規定の適用をうけると考えられる。なお、当然対抗を認める規定はない。

c 視聴覚製作契約

視聴覚製作契約に関しても、著作者は、製作者に譲渡した権利の平穏な行使を保証する義務（132-26条）、および明文規定はないが寄与（視聴覚著作物は共同著作物と解され、共同著作者の寄与部分の意味）を利用可能とする義務を負う。

視聴覚製作契約においては、視聴覚著作物の排他的利用権の製作者への譲渡を伴うとされ（132-24条1項）、譲渡が推定される。この場合も、契約に違反して二重譲渡した場合には、著作権契約の一般法の性質を有する上記出版契約の規定の適用をうけると考えられる。

なお、視聴覚著作物については、契約の公示制度（Registre public du cinéma et de l'audiovisuelle）がある。ただし、義務的ではない（Code du cinéma et de l'image animée 123-1条²⁶³）。

²⁶⁰ CA Paris 5 avr. 1993 RIDA oct.1993 シリーズ物の著作者がすでに譲渡されていた要素の利用権を新たな利用者に譲渡した事件

²⁶¹ Cass 1er civ. 27 mai 1986 La Cage aux folles 事件 翻案権を譲渡した著作者によるライセンスについて、追奪補償が問題となった事件

²⁶² 132-18条1項：上演・演奏契約とは、精神の著作物の著作者及びその権利承継人がその決定する条件に従ってその著作物を上演・演奏することを自然人又は法人に許諾する契約をいう。著作者の職業団体が、著作者又はその権利承継人が決定する条件に従って、同団体の作品目録を構成する現在又は将来の著作物を契約の期間中に上演・演奏する権限を興行企業者に与える（confère à）契約を、上演・演奏一般契約という。

²⁶³ Pour les œuvres cinématographiques ou audiovisuelles dont le titre a été préalablement déposé dans les conditions prévues à l'article L. 122-1, doivent être inscrits au registre public du cinéma et de l'audiovisuel, à la requête de la partie la plus diligente et sans que cette inscription puisse avoir pour effet de conférer aucun privilège nouveau au profit de son bénéficiaire, sauf cependant ce qui est dit aux articles L. 123-5, L. 124-1 et L. 124-2 :

d 工業所有権の場合

特許・意匠・商標に関する譲渡契約およびライセンス契約については、第三者に対抗するために、原則として、INPI (Institut National de la Propriété industrielle) への登録が必要であるが、次のように登録なく対抗できる場合もある。

特許に関しては、知的財産法典 613-8 条²⁶⁴4 項が、「611-8 条に定められた場合は別として、第 1 項の目的である権利の移転は、移転の日の前に第三者によって獲得された権利を侵害しない」と定める（第 1 項の目的である権利は、特許出願人の権利および特許権を意味する）。本条の解釈として、権利を侵害しない結果、移転後は、譲受人がライセンサーとなる、という解釈も成り立ちうる。つまり、知的財産権の譲渡は、ライセンス契約の譲渡を前提としているとも理解できる。ただし、そのような見解は、本来制限はないはずの所有権に制限をつけることになるので疑問視されている。そこで、単に、譲渡人とライセンシーのライセンス契約が維持されたままになるという効果をもたらすに過ぎないと理解される。なお、意匠権・商標権については、同旨の規定は見当たらない。

意匠に関しては、著作権に基づく主張を行えば、第三者に対抗できるとする文献²⁶⁵があるが、上述のとおり、当然対抗を意味するものではないと解釈される。

(4) 著作権が第三者に移転された場合のライセンス契約の承継

ライセンスの対象となる著作権が譲渡等によりライセンサーから第三者に移転された場合に、ライセンス契約もライセンサーから当該第三者に承継されることを定める法制度は存在しない。

イ ライセンサーの破産時

著作物のライセンス契約においてライセンサーが破産した場合に、ライセンシーの権利の保護に関する法制度は存在しない。

(7) 出版契約について

出版者が経営困難に陥った場合の規定は存在する。すなわち、出版者が経営困難に陥った場合の保全手続または更生手続は、契約の解除をもたらさない（132-15 条 1 項）。これに対し、破産や 3 ヶ月以上の業務停止の場合、著作者は契約解除を求めることができる（132-15 条 4 項）。管理人が選任されて事業が継続される場合には、著作者に対する出版者の債務は尊重される（同条 2 項）。また、更生手続の一環として、事業者が譲渡される場合には、譲受人は譲渡人の債務を負担する（同条 3 項）。清算人は、著作者に配達証明郵便で、15 日前迄に事前の通知を行わなければ、在庫として存在する複製物の安売りができず、この場合、著作者は、複製物の全部または一部を買い取る優先権がある（132-15 条 5 項 6 項）。

これに対し、著作者ないしライセンサーが破産した場合の規定は存在しない。知的財産法典は著作者の保護を主眼としているため、このような事態に対して配慮が薄い。この場合、後述する工業所有権の場合と同様、倒産法が適用されると考えられる。

(4) 視聴覚製作契約について

製作者が経営困難に陥った場合の規定は存在する。すなわち、製作者が保護または更生手続にはいっても、視聴覚製作契約は解除されず（132-30 条 1 項）、管財人は、共同著作者に対する製作者の義務を遵守しなければならない（同条 2 項）。また、法的清算の場合や、3 か月以上の活動停止のときに、著作者または共同著作者から、解除を求めることができる（同条 5 項）。これにより、製作者に譲渡した権利を取り戻すことができる。共同製作者も同様の措置をとることができる

^{1°} Les cessions et apports en société du droit de propriété ou d'exploitation ainsi que les concessions de droit d'exploitation soit d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle, soit de l'un quelconque de ses éléments présents et à venir ;

²⁶⁴ Les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet sont transmissibles en totalité ou en partie.

Ils peuvent faire l'objet, en totalité ou en partie, d'une concession de licence d'exploitation, exclusive ou non exclusive.

Les droits conférés par la demande de brevet ou le brevet peuvent être invoqués à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des limites de sa licence imposées en vertu de l'alinéa précédent.

Sous réserve du cas prévu à l'article L. 611-8, une transmission des droits visés au premier alinéa ne porte pas atteinte aux droits acquis par des tiers avant la date de transmission.

Les actes comportant une transmission ou une licence, visés aux deux premiers alinéas, sont constatés par écrit, à peine de nullité.

²⁶⁵ 前掲「Les contrats relatifs au droit de la propriété intellectuelle (transferts et licences) et les tiers」AIPPI

釈されている。

他方、ライセンサーが破産した場合について定める規定はないので、倒産法が適用されると考えられる。

(ウ) 工業所有権の場合

工業所有権についても²⁶⁶、ライセンス契約の当事者が倒産（保全・破産・更生手続を含む用語として用いる）した場合を規律する特別な規定はない。

倒産法（商法典中に規定がある）によれば、保全手続または更生手続においては、管財人のみが、継続中の契約を継続するか解除するかを決定する権能を有する（商法典 622-13 条、631-14 条）。清算手続においても同様であるが（商法典 641-10 条）、この権能は、清算手続中において、活動が一時的に維持される場合に限る。契約中に、倒産手続に入った場合に知的財産権に関する契約の解除権を定めていたとしても、他方当事者に解除権はなく、当該条項は無効である²⁶⁷。

ライセンサーが破産し、管財人や清算人が契約解除を決定した場合、ライセンシーは、工業所有権を利用する権利を喪失することによって生じる損害に対する賠償を求めることができるが、実効性には疑問がある。倒産した当事者はライセンス契約を第三者に譲渡することもでき、この場合、契約は有効のまま、第三者に譲渡されることになる。ただし、更生手続における事業継続の場合、裁判所は、会社の事業継続に不可欠と判断した財産を、一定期間、その許可なく譲渡することはできないことを決定することができる（商法典 631-19 条、清算手続につき 642-10 条）。

したがって、ライセンサー倒産の場合におけるライセンス契約の継続は管財人の選択次第であるから、現在のわが国の法制度と基本的に同様と理解できる。

(5) 中国

ア ライセンス対象著作権の移転時

(7) ライセンス対象著作権の移転時（二重ライセンスの場合）

a 対抗制度に関する著作権法制上の対応状況

(a) 現行法

中国の現行著作権法²⁶⁸第 10 条第 2 項²⁶⁹及び第 10 条第 3 項²⁷⁰は、著作権者は、その保有する著作権のうち、財産権を第三者にライセンスし、又は譲渡できると規定する。著作権法 10 条第 1 項は著作権（人格権と財産権）を構成する支分権を定めているところ、財産権としては、以下の表 1 の通り、複製権、発行権、貸与権、展示権、実演権、上映権、放送権、情報ネットワーク送信権、映画化権、翻案権、翻訳権、編集権等が存在する。そして、これらはいずれもライセンスをすることが可能である。

そして、同法第 24 条第 2 項柱書は「使用許諾（ライセンス）契約には、次の各号に掲げる主たる内容を含む」とした上で、同項第 2 号で「許諾（ライセンス）される権利は排他的（独占）使用権かまたは非排他（独占）的使用権か」としている²⁷¹。

²⁶⁶ 工業所有権につき、前掲 « Les contrats relatifs au droit de la propriété intellectuelle (transferts et licences) et les tiers » AIPPI

²⁶⁷ Cass.com. 8 Dec.1987

²⁶⁸ 以下、翻訳は原則として公益社団法人著作権情報センター(CRIC)のもの（<http://www.cric.or.jp/db/world/china.html>）を参考にした。但し一定の修正をしている。

²⁶⁹ 著作権者は、前項第(5)号から第(17)号までの条文に定める権利の行使を他人にライセンスし、契約またはこの法律の関連規則に基づき、報酬を得ることができる。

²⁷⁰ 著作権者は、本条第 1 項第(5)号から第(17)号までの条文に定める権利の全てまたは一部を譲渡することができ、契約またはこの法律の関連規則に基づき、報酬を得ることができる。

²⁷¹ なお、CRIC の翻訳を踏まえ、ライセンスについては「排他的」「非排他的」とすることも考えられる。もともと、報告書の他の部分で「独占的」か「非独占的」かが問題とされることが多いことから、これ以降は用語をあえて後者にあわせている。なお、「ライセンス」については「ライセンス」を用いる。

表1 中国著作権法における著作権（財産権）の支分権一覧

番号	支分権	内容
1	複製権	印刷、複写、拓本印刷、録音、録画、ダビング、撮影などの方法を用いて、著作物を一部または複数製作する権利
2	発行権	販売または贈与の方法を用いて、著作物またはその複製物を公衆に提供する権利
3	貸与権	映画の著作物、映画制作に類似する方法により創作された著作物またはコンピュータ・ソフトウェアの一時的使用を有償で他人にライセンスする権利。コンピュータ・ソフトウェアが貸与の主たる対象ではない場合には、この限りではない
4	展示権	美術の著作物、写真の著作物またはそれらの複製物を公に展示する権利
5	実演権	著作物を公に実演し、または各種の方法を用いて、著作物の実演を公に伝達する権利
6	上映権	映写機または幻灯機などの技術設備を用いて、美術の著作物、写真の著作物、映画の著作物、または映画制作に類似する方法により創作された著作物などを公に再現する権利
7	放送権	著作物を無線方式により公に放送しまたは送信し、または放送された著作物を有線送信し若しくは転送の方式により公衆に送信し、並びに拡声器または記号、音声および画像を伝達するその他の類似の手段を用いて放送された著作物を公衆に送信する権利
8	情報ネットワーク送信権 情報ネットワーク送信権	公衆が個別に選択した時間および場所においてこれにアクセスできるように、有線または無線の方式により公衆に著作物を提供する権利
9	映画化権	映画制作または映画制作に類似する方法を用いて、著作物を媒体に固定する権利
10	翻案権	著作物を脚色し、独創性のある新しい著作物を創作する権利
11	翻訳権	著作物をある言語からその他の言語に転換する権利
12	編集権	著作物または著作物の一部分を選択し、または配列し、それらを新しい著作物としてまとめる権利

著作権に関する契約の効力発生要件については、契約法の関係する規定が適用される²⁷²。段文波は、著作権ライセンス契約の効力発生要件について、以下のとおり整理した²⁷³。

1. 契約当事者が、著作権ライセンス契約を締結する能力を有すること

中国契約法第9条第1項は、「当事者は、契約を締結するにあたり、相応の民事権利能力及び民事行為能力を有することを要する」と規定していることから、契約当事者が、著作権ライセンス契約を締結する能力を有することが必要になる。

²⁷² 王洪友：《知识产权理论与实务=THEORY AND PRACTICE OF INTELLECTUAL PROPERTY》第116页。知识产权出版社(2016)。（王洪友『知的財産権の理論及び実務』116頁（知識産権出版社、2016））

²⁷³ 段文波主编：《要件事实理论视角下民事案件证明责任分配实证分析》第3页，厦门大学出版社(2014)。（段文波『要件事实理論の視点からの民事事件の立証責任配分の実証分析』3頁（厦門大学出版社、2014））

2. 契約当事者の意思表示が真実であること

意思表示が真実であることは、当事者が自分の意思表示の法的効果を認識することができることを前提に、内心の意図と外部の表現と一致していることを指す。「詐欺、脅迫、他人の危急につけこむこと、重大な錯誤」等の意思表示の瑕疵が存在してはならない。

3. 契約が法律又は社会公共の利益に違反しないこと

契約法第 52 条及び関連する司法解釈、著作権法及びその他の法律は、具体的な種類のライセンス契約に対して特別の規定をしており、このような規定によってライセンス契約が違法等になる場合にはその成立は無効になり得る。例えば、著作権法実施条例第 23 条²⁷⁴は、「他人の著作物を利用する場合には、著作権者とライセンス契約を締結しなければならない。ライセンスされる権利が独占的利用権である場合は、書面の形式を採用しなければならない。但し、新聞社、雑誌社が著作物を掲載する場合は、この限りではない」と規定し、独占的なライセンスに限り、書面による合意が有効要件であることを示している。（逆に言えば、非独占的なライセンスの場合、口頭による合意も可能である。）

逆に言えば、この 3 要件が満たされる限りにおいて、有効にライセンス契約が成立するのであって、これ以外に一般的な効力要件は存在しない。

著作権法実施条例第 25 条²⁷⁵は、独占的ライセンス契約及び譲渡契約の届出制度を定めているものの、これは効力要件ではない。

上記の効力要件の問題と異なり、第三者に対する対抗要件については、著作権法その他の法令上には規定がない。著作権法実施条例第 25 条の定める独占的ライセンス契約の届出制度は、条文上、「届け出ることができる（強調筆者）」とされており、第三者に対する対抗要件とはされていない。その他著作権関連法令においてもライセンシー又は著作権譲受人の著作権の利用に関する権利を第三者に対抗できるかに関する明確な規定が存在しない。

(b) 著作権法のパブリックコメント募集案

中国の現行著作権法は、1990 年 9 月 7 日に可決成立し、1991 年 6 月 1 日から施行された。その後、2001 年及び 2010 年に改正されたが、これらの改正は、WTO 加盟のために行われたものであって、著作権法の全面的改正ではない。

その意味で、現行の著作権法は既に施行後 30 年近く大幅改正を経ておらず、中国の社会現状に相応しくない箇所が随所に見られる。そこで、2012 年から 2014 年まで、中国の著作権法の所轄機関である、新聞出版総署は、著作権法改正草案のパブリックコメント募集案を 3 回公表した。

下表のとおり、新聞出版総署公表の 3 つの著作権法改正草案のいずれにおいても、第三者に対抗する著作権ライセンス条項又は著作権譲渡条項が規定されている。但し、現時点で著作権法改正草案はまだ可決されていない。

パブリックコメント募集案	対抗制度に関する条文
2012 年 3 月 31 日付著作権法（改正草案）	第五十七条 著作権者との間で独占的なライセンス契約又は譲渡契約を締結する場合、国务院著作権行政管理部門により設立された専門的な登記機関で登記を行うことができる。登記を経た独占的なライセンス契約及び譲渡契約は、第三者に対抗することができる。 契約登記について、費用を納付しなければならない。徴収基準は、国务院著作権行政管理部門が国务院価格管理部門と協議したうえで決定する。 注：この意味は登記を経ている独占的なライセンシーは第三者に対抗することができることとなるものの、登記を経していない独占的なライセンシーはが第三者に対抗することができるか否かについて、なお明確ではないということである。なお、非独占的ライセンシーの第三者への対抗については明確ではない。
2012 年 7 月 6	第五十六条 著作権者との間で独占的なライセンス契約又は譲渡契約を締結す

²⁷⁴ なお、ソフトウェアについては、コンピュータソフトウェア保護条例第 19 条が著作権法実施条例第 23 条本文と同旨の規定を定めている。

²⁷⁵ 著作権者と独占ライセンス契約又は譲渡契約を締結する場合には、著作権行政管理部門に届け出ることができる。

パブリックコメント募集案	対抗制度に関する条文
日付著作権法（改正草案第二稿）	る場合、国務院著作権行政管理部門により設立された専門的な登記機関で登記を行うことができる。登記を経た独占的なライセンス契約及び譲渡契約は、第三者に対抗することができる。 契約登記について、費用を納付しなければならない、徴収基準は、国務院財政、価格管理部門が決定する。 注：この意味は登記を経ている独占的なライセンシーは第三者に対抗することができることとなるものの、登記を経していない独占的なライセンシーが第三者に対抗することができるか否かについて、なお明確ではないということである。なお、非独占的なライセンシーの第三者への対抗については明確ではない。
2014 年 6 月 6 日付著作権法（改正草案送審稿）	第五十九条 著作権者との間で独占的なライセンス契約又は譲渡契約を締結する場合、国務院著作権行政管理部門により設立された専門的な登記機関で登記を行うことができる。登記を経していない権利は、善意の第三者に対抗することができない。 登記について、費用を納付しなければならない、徴収基準は、国務院財政、価格管理部門が決定する。 注：この意味は登記を経ている独占的なライセンシーは第三者に対抗することができることとなり、登記を経していない独占的なライセンシーは善意の第三者に対抗することができないこととなる、ということである。なお、非独占的なライセンシーの第三者への対抗については明確ではない。

2014 年の著作権法改正草案の公表の後、立法に関する新たな動向は新聞記事等を調査した限り特に発見できなかった。学者は、著作権法改正草案をめぐって、様々な議論を行っている。

非独占的なライセンスの対抗等については、2014 年著作権法改正草案においても、明確に規定されていない。この点について、①著作権法改正草案第 59 条の文言があまりにも曖昧であり、ライセンス契約同士や譲渡契約とライセンス契約が矛盾する場合の処理について具体的な規定をしていないため、いずれの契約も登記を経っていない場合に対抗力を判断することができない、②具体的な状況のいかんを問わず、一律に登記を経た独占的なライセンスと譲渡の優先性を強調するのは、善意の第三者の信頼利益の保護にとって有利ではなく、作品利用の促進にとって有利ではなくなる可能性がある、という 2 つの問題点が指摘された²⁷⁶。

このような状況を踏まえ、以下のような学者の立法提案がなされており、参考になる²⁷⁷。

独占的なライセンスと非独占的なライセンスとの矛盾状態について、一般的に、非独占的なライセンスの効力が先に発生した場合、優先権を享有することができ、その後で効力発生した独占的なライセンスは、登記の有無に関わらず先行する非独占的なライセンスの実施に影響を与えないとすべきである。これは、先に非独占的なライセンスを受けたライセンシーの信頼保護に資することから、作品の利用効率を高めるだろう。逆に、独占的なライセンスの効力が先に発生した場合、独占的なライセンスが非独占的なライセンスの効力発生までに登記を経っていない場合に限って非独占的なライセンスを優先させ、そうではない場合には先行する独占的なライセンスを優先させるべきである。それは、独占的なライセンスについて、早めに登記を行うよう促すことで、公示性を高めるためである。

ライセンスと譲渡との矛盾状態について、ライセンスには準用益物権の性質があることから、独占的なライセンスか非独占的なライセンスかを問わず、一般的にライセンスは優先権を享有すべきである。但し、譲渡契約が登記を経た場合、状況に応じて細分化して処理する必要がある。具体的には、非独占的なライセンスと譲渡との間で矛盾状態が生じる場合、非独占的なライセンスの非排他性及び先行する利用者への保護を考慮し、非独占的なライセンスが継続して有効であることを認めるべきである。即ち、譲受人は、ライセンシーによる作品の利用を許容しなければならない。独占的なライセン

²⁷⁶ 郭斯伦. 著作权合同冲突的处理规则研究 兼评《著作权法》修改草案第 59 条[J]. 电子知识产权, 2014(12):63-68. (郭斯伦「著作権契約衝突処理規則研究 『著作権法』修正草案第 59 条も評する」電子知識産権 2014 年第 12 期 63-68 頁。)

²⁷⁷ 郭斯伦. 著作权合同冲突的处理规则研究 兼评《著作权法》修改草案第 59 条[J]. 电子知识产权, 2014(12):63-68. (郭斯伦「著作権契約衝突処理規則研究 『著作権法』修正草案第 59 条も評する」電子知識産権 2014 年第 12 期 63-68 頁。)

スと譲渡との間で矛盾状態が生じる場合、独占的ライセンスの独占性を考慮し、かつ、ライセンシー／譲受人が早めに登記を行うよう促すことで矛盾状態の発生を減らすために、登記時点を踏まえて優先性を確定すべきであり、独占的ライセンスが登記を経していない場合、又は、その登記時点が譲渡の登記時点よりも遅くなる場合、先に登記を経た譲受人を優先するべきである²⁷⁸。

b ライセンシー保護に関する主要な裁判例

中国の人民法院は、一般的に「早い者勝ち」という原則に基づき、先に著作権ライセンスを取得した権利者がその後ライセンスを取得した権利者に対抗することができると認定する傾向にある。主要な裁判例は、以下のとおりである。

(a) 「女子十二楽坊」事件（事件番号：（2004）穗中法民三初字第154号、（2004）粤高法民三終字第187号、（2007）穗中法民三重字第2号、（2008）粤高法民三終字第371号）

「女子十二楽坊」事件の事案は、以下のとおりである。

著作権者：北京世紀星碟文化传播有限公司（以下「著作権者」という。）

著作権のライセンシー：広東傑盛唱片有限公司（以下「ライセンシー1」という。）

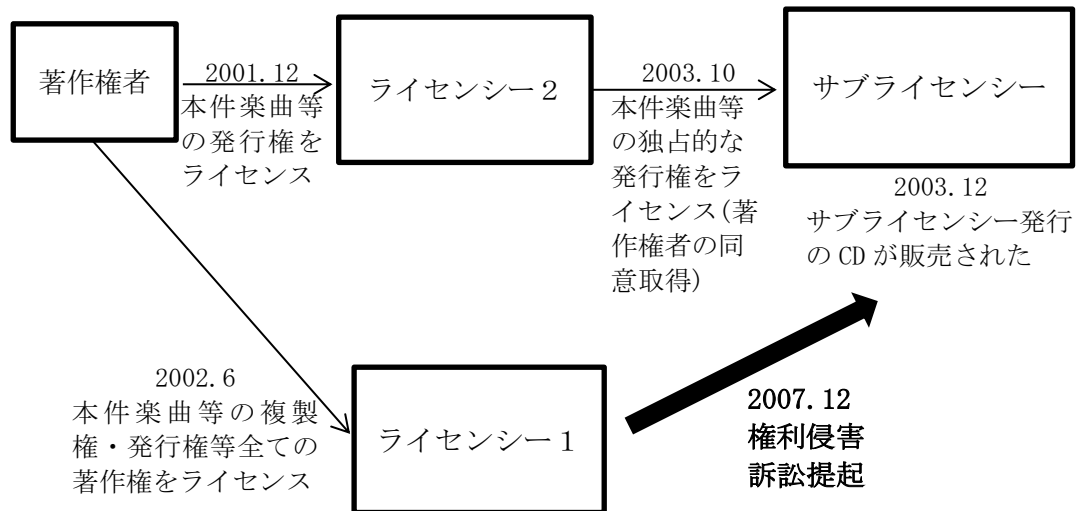
著作権のライセンシー：南京音像出版社（以下「ライセンシー2」という。）

著作権のライセンシー：広東星文文化传播有限公司（以下「サブライセンシー」という。）

- 2001年12月31日に、著作権者は、ライセンシー2に対して、「女子十二楽坊魅力音楽アルバム」の発行権をライセンスし、ライセンス期間は、3年であった。また、当該アルバムにおいて、本件係争となる「S.D ガーデン」等18曲の楽曲（以下「本件楽曲」という。）が収録された。
- 2002年6月17日に、著作権者及びライセンシー1は、「協議書」を締結し、著作権者が本件楽曲を含む25曲の楽曲の複製権、発行権及び報酬取得権等権利をライセンシー1にライセンスし、ライセンシー1は、前記の作品に関する全ての著作権を有することに合意した。
- 2003年10月29日に、著作権者の同意を取得したうえ、ライセンシー2及びサブライセンシーは、「協議書」を締結し、ライセンシー2がその出版した「女子十二楽坊魅力音楽会」の独占的な発行権をサブライセンシーにライセンスし、ライセンス期間は3年とすることに合意した。「女子十二楽坊魅力音楽会」に収録された音楽の内容は、18曲の本件楽曲である。
- 2003年12月2日に、広州市東山区華廷音像中心は、本件楽曲が収録された「女子十二楽坊魅力音楽会」CDを販売した。当該CDの包装においてライセンシー2出版、サブライセンシー発行と記載された。
- 2007年12月9日に、ライセンシー1は、広州市中級人民法院に対して訴訟を提起した。
①サブライセンシーは、直ちに権利侵害行為を停止すること（即ち、ライセンシー1の著作権を侵害する「女子十二楽坊魅力音楽会」の製造、販売を直ちに停止すること）、②サブライセンシーは、（新聞である）「南方日報」、「羊城晚報」にて謝罪文を公表し、影響を除去すること、③サブライセンシーがライセンシー1の経済損失及び本件の支出費用計20万元を負担すること、④サブライセンシーは本件の訴訟費用を負担することを求めた。

²⁷⁸ なお、日本と異なり、出版権設定契約やその内容についての詳細な規定が中国著作権法上には存在しない。中国著作権法58条は、「『出版』とは、著作物の複製および発行である」とし、同第31条は、「著作権者から出版のために引き渡される著作物について、書籍出版社が契約の定めに基づき享有する排他的出版権は、法律によって保護され、他人がその著作物を出版してはならない。」とするが、出版権や独占出版権の詳細な内容は著作権法上明確ではないため、基本的には、著作権者とライセンシーとの出版契約によるとされる。要するに、著作権のうちの複製及び発行に関するライセンスについて「出版権」と呼ばれ、そのライセンスが独占的な場合に「独占出版権」と呼ばれるというだけであって、日本のような出版権に関する特別な規定や効果は存在しない。

〈図 1〉「女子十二楽坊」事件



本件について、広州市高級人民法院は、以下のとおり判断した。

- ✧ 本件は著作権紛争である。サブライセンサーは、サブライセンスに基づきライセンサー2 出版の「女子十二楽坊魅力音楽会」CD を発行しており、当該 CD に収録された本件楽曲は、公安部華盛音像出版社出版、ライセンサー1 発行の「女子十二楽坊魅力音楽会」CD に収録された同名楽曲と内容が同じである。
- ✧ 本件の争点は、①ライセンサー1 は、サブライセンサーによる複製権、発行権及び報酬取得権を排除することができるか否か。②サブライセンサーが取得するライセンスが権利を侵害しない抗弁事由に該当するか否か及びこれにより発生した法的責任の負担である。
- ✧ 著作権者が、ライセンサー2 に対し、本件楽曲を収録した CD の発行に関するライセンスを与えることは、当事者の自由意思によるものであり、かつ、法律及び社会公共利益に違反しないことから、有効な民事行為と認定すべきである。
- ✧ 前記のライセンス期間において、著作権者の確認及び同意を経たうえ、ライセンサー2 及びサブライセンサーが締結した「協議書」は、適法かつ有効なものである。サブライセンサーは、当該「協議書」に基づき本件楽曲の発行権を有し、2003 年 12 月に「女子十二楽坊魅力音楽会」CD を発行する行為については、適法なライセンス上の根拠を有する。また、協議書の内容に基づき、サブライセンサーは、実際に本件楽曲の発行権、複製権及び報酬取得権を取得した。
- ✧ ライセンサー1 と著作権者との間で締結された 2002 年 6 月 17 日付「協議書」は、関連法律、法規の禁止規定に違反しておらず、適法かつ有効な協議書である。ライセンサー1 は、著作権者のライセンスに基づき、本件楽曲の複製権、報酬取得権等権利を有しており、これらの権利は法律の保護を受ける。
- ✧ 但し、著作権者は、ライセンサー2 へのライセンス期間において、本件楽曲の発行権を更にライセンサー1 にライセンスし、二重ライセンス行為に該当する。
- ✧ 著作権者は先に協議書によりライセンサー1 に関連著作権をライセンスしており、その後サブライセンサーは発行権、複製権及び報酬取得権を取得した。サブライセンサーが後で取得した独占的ライセンス権とライセンサー1 が先に取得したライセンス権との間で競争関係が生じているところ、「早い者勝ち」の原則に基づき、サブライセンサーは、直ちに「女子十二楽坊魅力音楽会」CD の複製を停止すべきである。
- ✧ 損害賠償責任について、本件紛争の主要的な原因は、著作権者の二重ライセンスであり、サブライセンサーは、主観的な悪意を有しておらず、過失がないことから、賠償責任を負うべきではない²⁷⁹。

²⁷⁹ なお、著作権法 53 条は「複製物の出版者または製作者が、その出版または製作が適法に授權されたことを証明することができない場合、並びに、複製物の発行者または映画の著作物、映画制作に類似する方法により創作された著作物、コンピュータ・ソフトウェアおよび録音物または録画物の複製物の貸与を行う者がその発行し、貸与する複製物について適法の供給源のあることを証明できない場合には、法的責任を負わなければならない。」と定めており、いわば過失

以上のように、「早い者勝ち」原則の適用により、先行するライセンシー1が、それに遅れたサブライセンシーに優先すると判断された²⁸⁰。

(b) 「お母さんの手袋」事件（事件番号：（2013）石民初字第1926号）

「お母さんの手袋」事件の事案は、以下のとおりである。

ライセンシー：滁州市万聖文化伝播有限公司（以下「ライセンシー」という。）

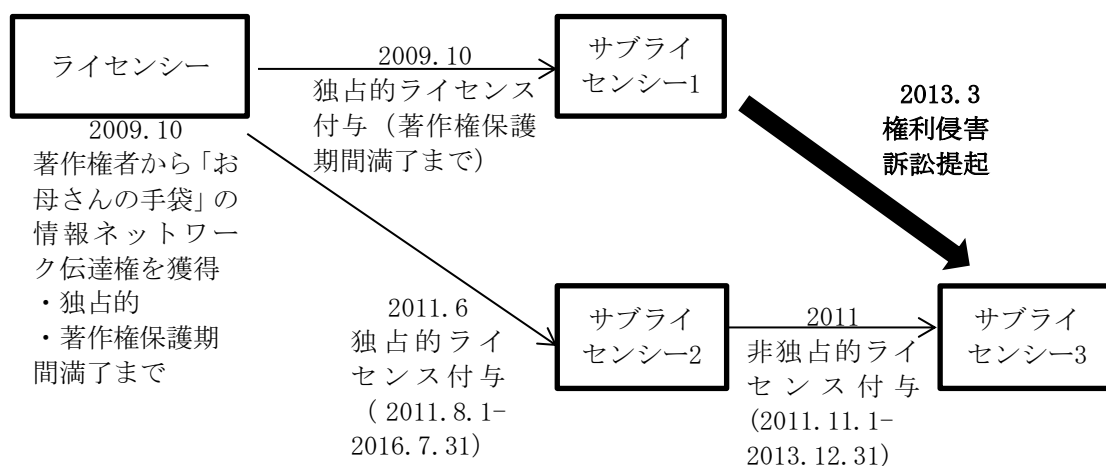
サブライセンシー：国家広播電影電視総局電影衛星頻道節目制作中心（以下「サブライセンシー1」という。）

サブライセンシー：西安佳韵社数字娛樂有限公司（以下「サブライセンシー2」という。）

サブライセンシー：北京暴風科技股份有限公司（以下「サブライセンシー3」という。）

- 2009年6月30日に、北京天運縦横文化伝播公司是、「お母さんの手袋」を製作した。
- 2009年10月15日に、北京天運縦横文化伝播公司是、「お母さんの手袋」について、ライセンシーに全世界を範囲とする情報ネットワーク送信権をライセンスした。当該ライセンスは、独占的ライセンスとし、ライセンス期間は、著作権保護期間満了までとする。
- 2009年10月15日に、ライセンシーは、サブライセンシー1に対して、「お母さんの手袋」の全世界を範囲とする情報ネットワーク送信権を独占的にライセンスした。ライセンス期間は、著作権保護期間満了までとする。
- 2011年6月29日に、ライセンシーは、サブライセンシー2に対して、「お母さんの手袋」を含む4つの映画の全ての情報ネットワーク送信権をライセンスした。ライセンスの性質は、独占的ライセンスであり、ライセンス期間は、2011年8月1日から2016年7月31日までとする。
- 2011年、サブライセンシー2は、「お母さんの手袋」を含む538の映画等の情報ネットワーク送信権をサブライセンシー3にライセンスした。ライセンス期間は、2011年11月1日から2013年12月31日までとし、ライセンス性質は、非独占的情報ネットワーク送信権である。
- 2013年3月20日に、サブライセンシー1は、北京市石景山区人民法院に対して訴訟を提起した。①サブライセンシー3は、直ちに権利侵害行為を停止すること、②サブライセンシー3はサブライセンシー1の経済損失及び本件の支出費用計5万元を負担すること、③サブライセンシー3は本件の訴訟費用を負担することを求めた。

<図2> 「お母さんの手袋」事件



本件について、北京市石景山区人民法院は、以下のとおり判断した。

推定をしているものの、本件ではライセンシー2からのサブライセンスを立証したため、無過失と判断された。

²⁸⁰ この事案においては、ライセンシー2がライセンスを得た時点とライセンシー1がライセンスを得た時点の前後ではなく、サブライセンシーがサブライセンスを得た時点（2003.10）とライセンシー1がライセンスを得た時点（2002.6）の前後をもって優劣を判断した。

- ライセンシーは、2009年10月15日にサブライセンシー1に「お母さんの手袋」の独占的な情報ネットワーク送信権をライセンスした後、2011年6月29日にサブライセンシー2に対して「お母さんの手袋」の独占的な情報ネットワーク送信権をライセンスし、これは二重ライセンスに該当する。
- サブライセンシー1がライセンスを取得したのは先であり、サブライセンシー2がライセンスを取得したのは後であり、**著作権帰属の時期を基準に「早い者勝ち」で権利者を保護する原則により、サブライセンシー1は、「お母さんの手袋」の独占的な情報ネットワーク送信権を取得した。**
- 著作権が絶対的な排他権利であり、如何なる第三者の侵害をも排除することができることから、サブライセンシー1が先にライセンスを取得した状況において、サブライセンシー3は、「お母さんの手袋」の利用を停止すべきである。
- サブライセンシー3は、「お母さんの手袋」の独占的な情報ネットワーク送信権に関する適法的なライセンスを取得したことを証明し、かつ、合理的な注意義務を履行し、その主観には過失がないことから、損害賠償の法的責任を負うべきではない²⁸¹。

以上のように、「早い者勝ち」原則の適用により、先行するサブライセンシー1が、それに遅れたサブライセンシー2及び3に優先すると判断された。

LexisNexis²⁸²を利用して「著作権」（和文：著作権）、「許可」（和文：ライセンス）という検索ワードを使って調べたところ、検索された裁判例のうち本報告書の内容に適合するものは上記2件だけであった。もっとも、LexisNexisに掲載されていない他の判決が存在する可能性は否定できない。

c 学説

上記のとおり、中国において、ライセンシーの著作権の利用に関わる権利の第三者に対する対抗要件等を定める明確な登記制度等は存在しないものの、裁判実務上、一般的に先にライセンスを取得したライセンシーは、契約の締結日をもって著作権ライセンスを取得し、後にライセンスを取得したライセンシーは保護されない（善意取得制度等による保護を受けられない）とされている。このような実務に対しては、学者から、取引の安全を害するのではないかという疑問の声が上がっている²⁸³。取引の安全の観点から、学者は、主として著作権譲渡・ライセンス公示制度の設立の是非をめぐって、議論を行っている。

(a) 著作権譲渡・ライセンス公示制度の設立を支持する見解

陳愛碧は、著作権重複移転事案における判断ルールを構築する上で、まずは著作権譲渡・ライセンス公示ルールが明確になってなければならないと指摘した。著作権譲渡・ライセンス登記制度は、取引の安全にとって有益であり、かつベルヌ条約に違反するものではない。中国において、著作権登記制度がまだ完備していない現状及び著作権譲渡において占有の移転（交付）が観念できないという制約に鑑み、**著作権ライセンスは、契約が成立したときに、効力が発生し、登記をもって対抗力を有するというモデルを採用すべきであると提案した（対抗要件）**。また、著作権の重複ライセンスの場合、以下のとおり認定すべきであると提案した。「1. 前のライセンシーが登記したが、後のライセンシーが登記をしない場合、前のライセンシーは、著作権ライセンスを取得する。2. 前のライセンシーが登記をしない場合、後のライセンシーは、登記を完了させ、かつ、有償譲渡であるとき、著作権ライセンスを取得することができる。但し、前のライセンシーの存在を明らかに知り、かつ、その登記が信義誠実の原則に違反する場合を除く。3. 前のライセンシー及び後のライセンシーがいずれも登記をしない場合、先に登記を完了させた者が、第三者に対抗できる著作権ライセンスを取得する。但し、前のライセンシーの存在を明らかに知り、かつ、その登記が信義誠実の原

²⁸¹ なお、著作権法53条は「複製物の出版者または製作者が、その出版または製作が適法に授權されたことを証明することができない場合、並びに、複製物の発行者または映画の著作物、映画制作に類似する方法により創作された著作物、コンピュータ・ソフトウェアおよび録音物または録画物の複製物の貸与を行う者がその発行し、貸与する複製物について適法の供給源のあることを証明できない場合には、法的責任を負わなければならない。」と定めており、いわば過失推定をしているものの、本件ではサブライセンシー2からのサブライセンスを立証したため、無過失と判断された。

²⁸² <https://hk.lexisn.com>

²⁸³ 陳愛碧. 著作権重复转让中的权属认定[J]. 知识产权, 2017(09):27-32. (陳愛碧「著作権重複譲渡における権利帰属の認定」知的財産権2017年9期27-32頁。)

則に違反する場合はその限りではない。」²⁸⁴

潘奇志は、「女子十二楽坊」事件を踏まえ、著作権ライセンスに関する効果的な公示制度を確立したうえで、善意取得制度を導入すべきと提案した²⁸⁵。著作権善意取得制度を運用するにあたり、先にライセンスを取得した者と善意の第三者の利害関係を考慮し、かつ、先にライセンスを取得した者の利益に配慮しなければならない。したがって、慎重に著作権善意取得制度を適用し、その適用範囲及び利用条件を厳格に規定することが重要である。具体的には、著作権の帰属及びライセンスの公示方法を確立しなければならない。著作権ライセンス公示方法について、著作権ライセンス登記制度を実施することが考えられる。登記の方法は、**登記主義を採用し、登記を著作権移転の効力発生要件として規定することが考えられるとした（効力発生要件）**。

黄玉燁及び羅施福は、著作権の特徴により、重複ライセンスという相互に矛盾するライセンス問題が生じやすいことから、著作権ライセンスの登記公示制度を設立する必要があると主張した^{286・287}。

張玉敏は、著作権変動公示制度の設立は、著作権取引秩序を維持し、著作権産業を推進し、海賊版を有効に取り締まる上で役に立ち、かつ、ベルヌ条約に違反しないと主張した。また、著作権変動の公示方法は、登記に限られ、かつ、**その登記の効力は、著作権変動の効力発生要件であるべきと主張した（効力発生要件）**²⁸⁸。

以上の通り、著作権取引の安全を保証するために、著作権譲渡・ライセンス公示制度を設立することを支持する学者が存在する。なお、これらの学者の主張する著作権譲渡・ライセンス公示制度の法的効力についての見解は、上記の通り、効力発生要件と対抗要件に分かれている。

(b) 著作権譲渡・ライセンス公示制度の設立に反対する見解

張冬梅は、著作権譲渡・ライセンス公示制度は、現在の著作権重複譲渡又は重複ライセンス問題について、ある程度では積極的な役割を果たすことができるものの、当該制度の利益及び当該制度のコストを総合的に考慮すれば、当該制度を実施する意義は、あまりないと指摘した²⁸⁹。

張冬梅によれば、情報社会の到来に伴い、情報及び知識は、爆発的に増加する傾向にあり、著作権の発生も何倍ものスピードで増加することになる。盲目的に著作権譲渡・ライセンス公示制度を実施すれば、必ず高い設置コスト、運営コスト及び維持コスト等が発生する。また、現在、世界の多くの国において著作権法についてこのような登記制度は存在しない。したがって、著作権重複譲渡又は重複ライセンスの問題は著作権制度設計の欠陥に帰責すべきではなく、著作権譲渡・ライセンス公示制度を当該問題の唯一の解決方法として捉えるべきではなく、著作権保護に関する国際の全体的なトレンド及び我が国の著作権の立法精神、特に、著作権が発生すれば登記をしなくても自動的に保護されるとの原則に基づき、現行法を踏まえ、このような紛争に関わる権利帰属問題に対して正確な判断を行うべきであるとした。

張冬梅は、ライセンスの順序に基づき、一番早く権利を取得したライセンシーこそが、著作権ライセンスを取得したと認定すべきであると指摘した。事件の審理後、更に以前のライセンシーが発見された場合に人民法院の判断に問題が生じうるという課題について、張冬梅は、現行法を改正して裁判審理の過程においてこのような案件が係属していることを公告することとし、できる限り全ての譲受人及びライセンシーが訴訟に参加するよう通知することが考えられるとする。また、譲渡日時又はライセンス日時のバックデートの恐れについて、張冬梅は、これは、いかなる事件におい

²⁸⁴ 陳愛碧・前掲注 283、32 頁。

²⁸⁵ 潘奇志・著作権重複移轉と重複授權糾紛的解決——《女子十二樂坊魅力音樂專輯》著作權糾紛案評析[J]. 科技與法律, 2011(02):49-53. (潘奇志「著作権重複譲渡及び重複ライセンス紛争の解決——『女子十二楽坊魅力音楽アルバム』著作権紛争事件の分析」科技と法律 2011 年 90 卷 2 号 49-53 頁。)

²⁸⁶ 黄玉燁, 羅施福. 論我国著作權轉讓登記公示制度的构建——从著作權的“一女多嫁”谈起[J]. 法律科學. 西北政法學院學報, 2005(05):64-69. (黄玉燁＝羅施福「我が国の著作権譲渡登記公示制度の設立——著作権の『一人の娘、複数の婚約先』から論じる」法律科学（西北政法学院学報）2005 年 5 期 64-69 頁。)

²⁸⁷ 効力発生要件と対抗要件のいずれの趣旨かは論文中の記載からは不明であった。

²⁸⁸ 張玉敏. 建立著作權轉讓登記制度, 促進版權產業發展——从《老鼠愛大米》的著作權糾紛说起[J]. 中國版權, 2006(02):13-16. (張玉敏「著作権譲渡登記制度の設立、版權産業発展の促進——『ネズミが米を愛する』の著作権紛争から論じる」中国版權 2006 年 2 期 13-16 頁。)

²⁸⁹ 張冬梅. 著作權重複移轉糾紛案件審理中的疑難問題[J]. 人民司法, 2009(09):79-82. (張冬梅「著作権重複移轉紛争事件の審理における難問」人民司法 2009 年 9 期 79-82 頁。)

ても存在しうる事実に対する審理判断問題であり、その解決方法は、裁判官が客観事実を追求する努力に委ねるしかなく、著作権重複移転紛争事件における著作権の帰属の問題とは直接関係ないと主張した。

(イ) 著作権が第三者に移転された場合のライセンス契約の承継（著作権ライセンス後に著作権譲渡された場合）

この点については、第三者（譲受人）に対してライセンスを対抗できるかという問題がまず存在し、その結果として一定範囲で対抗できるとなると、その場合において、ライセンサー（譲渡人）とライセンシーの関係は第三者（譲受人）に承継されるのかという問題が生じる²⁹⁰。

そこで、以下ではこの2つの問題の双方について検討する。

a 法制度の状況

ライセンスの対象となる著作権が譲渡等によりライセンサーから第三者に移転された場合、第三者に対抗できるか及びライセンス契約もライセンサーから当該第三者に承継されるか否かについて、中国の著作権法上、明確な規定は存在しない。

立法提案としては、上記の新聞出版総署公布の3つの著作権法改正草案はライセンシーが一定範囲で「第三者に対抗」できる旨を示しているが、この「第三者」は譲受人も含むと解される。

加えて、商標法及び特許法には関連する規定が定められている。最高人民法院公布の「商標民事紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈」第20条は、「登録商標の譲渡は、譲渡前に既に効力が発生している商標ライセンス契約の効力に影響を与えない。但し、商標ライセンス契約に別途規定がある場合を除く」と規定している。また、最高人民法院公布の「技術契約紛争事件の審理における若干問題に関する全国法院の知的財産権の審理業務会議の紀要の通知」第59条は、「特許権譲渡契約、特許権出願権利譲渡契約は、契約成立前に譲渡人と第三者が締結した特許権ライセンス契約又は技術秘密譲渡契約の効力に影響を与えない。関連当事者の権利義務は、契約法第5章の規定により確定する」と規定している。

著作権法には、このような明文規定がないものの、下記のとおり、理論上及び裁判実務上、前記の商標法及び特許法と同様に、著作権の譲渡は、譲渡前に既に効力が発生している著作物ライセンス契約の効力に影響を与えないと考えられている。

b 主要な裁判例

金玉観音事件（事件番号：（2011）三亜民二初字第29号、（2013）瓊民三終字第74号）

著作権者：深セン皇族芸術珠宝有限公司（以下「著作権者」という。）

著作権ライセンシー：海南金南華実業有限公司（以下「ライセンシー」という。）

著作権ライセンシーから具体的な製造を受託した者：圓縁聖達旅游景区管理有限公司（以下「製造者」という。）

著作権譲受人：三亜香山金玉観音文化技術有限公司（以下「著作権譲受人」という。）

- 1997年6月に、著作権者は、金玉観音を製造した。
- 2001年7月27日に、著作権者は、ライセンシーとの間の契約の有効期間において、金玉観音に関してライセンシーが行った開発について、知的財産権違反を主張してはならないことに同意した。
- 2005年1月4日に、著作権者は、金玉観音の知的財産権を著作権譲受人に譲渡した。
- 2011年1月31日に、ライセンシーは、金玉観音美術製品の生産、販売を製造者に委託した。
- 2011年4月上旬、著作権譲受人は、製造者が金玉観音の美術製品を複製し、発行しているのを発見した。
- 著作権譲受人は、製造者等を相手方として、海南省三亜市中級人民法院に対して訴訟を提起した。

海南省高級人民法院は、本件について、以下のとおり判断した。

- ✧ 2001年7月27日に、ライセンシーの董事会議事録には、著作権者は、金玉観音に関してライセンシーが行った開発について、知的財産権違反を主張してはならないと記載されている。

²⁹⁰ 著作権法25条が書面での契約を求める他は著作権を有効に譲渡するために登録等は必要がないとされている。

また、著作権者の法定代表者は、当該議事録に署名した。このことから、著作権者がライセンシーに対し金玉観音の著作権をライセンスしたとみなされる。

- ✧ 著作権譲受人は、金玉観音の著作権譲受人として、譲り受けたのはあくまでも著作権者が金玉観音の著作権を譲渡した時点で享有する権利であり、著作権者が金玉観音の著作権を譲渡する以前に、既にライセンシーに対して著作権をライセンスした状況において、著作権譲受人は、ライセンシーによる金玉観音の著作権の利用が著作権譲受人の著作権に侵害することを主張することができない。

この裁判例のとおり、裁判実務上、一般的には著作権の譲渡があった場合でも、譲渡前に既に有効にライセンスを受けたライセンシーは、譲受人（新権利者）に対しライセンスを対抗できると考えられており、いわゆる二重ライセンスと同様の関係とされている。この場合、譲受人（新権利者）とライセンシーの間の法律関係が問題となる（承継の問題）が、この裁判例はこの点を明確にしている。

LexisNexis²⁹¹という判例サイト、無訟という判例サイト²⁹²を利用して「著作権」（和文：著作権）「許可」（和文：ライセンス）「转让」（和文：譲渡）という検索ワードを使って調べたところ、検索された裁判例のうち本報告書と関係するものは上記1件だけであったが、LexisNexis等に掲載されていない他の判決が存在する可能性は否定できない。

承継の問題に関する裁判所の考えを理解するための参考として、商標に関する判断を調べたところ、商標ライセンス契約の承継について、人民法院の見解は分かれている。一部の裁判所は、商標ライセンス契約の承継を認めている。例えば、江蘇省無錫市中級人民法院は、商標権譲受人は、商標ライセンス契約に基づく商標権ライセンサーの権利義務を承継すると判断した^{293・294}。寧夏回族自治区高級人民法院は、商標ライセンス契約では登録商標が譲渡されたときにライセンス契約の効力が終了すると約定されていない場合、商標権譲受人は、原商標権者（商標権譲渡人）とライセンシーとの間でのライセンス契約を継続して履行しなければならないと判断した²⁹⁵。山東省済南市中級人民法院は、商標権譲渡により、商標権譲受人が商標ライセンス契約の権利義務を承継し、ライセンシーは、商標ライセンス契約に基づき商標権譲受人に対してロイヤリティを支払うべきであると判断した²⁹⁶。広東省高級人民法院は、商標ライセンス契約では商標権譲渡後にどのように処理するかについて約定がされていない場合、商標権譲受人とライセンシーは、いずれも継続して履行すべきであり、かつ、ライセンシーが契約に基づき商標権譲受人に対してロイヤリティを支払うべきであると判断した²⁹⁷。

他方で、商標ライセンス契約の承継を認めない判決も存在する。例えば、江西省南昌市経済技術開発区人民法院は、商標ライセンス契約では商標権譲渡後に当該契約の権利義務を包括的に商標権譲受人に移転すると約定されておらず、また、原商標権者（商標権譲渡人）がライセンシーに対して商標権譲受人に支払義務を履行するよう通知した証拠がないため、商標権譲受人は、商標権の譲渡により当然に商標ライセンス契約の主体になるわけではないことから、ライセンシーは、商標権譲受人に対して当該契約に基づく義務を履行する必要がないと判断し²⁹⁸、控訴後、控訴審裁判所の

²⁹¹ <https://hk.lexiscn.com>

²⁹² <https://www.itslaw.com/bj>

²⁹³ 事件番号：（2013）錫知民初字第0191号。

²⁹⁴ また、原商標権者（商標権譲渡人）の商標権譲受人への商標権譲渡行為によって、商標権ライセンシーの商標権の行使に影響を受けたため、商標権ライセンシーが原商標権者（商標権譲渡人）と商標権譲受人に対して損害賠償を主張した事件では、商標権ライセンシーが損害を受けることを立証することができなかったため、裁判所は、その請求を支持しなかった（事件番号：（2015）滬知民終字第165号、（2007）南市民三初字第40号）。逆にいえば、商標権ライセンシーが損害を受けることを立証することができた場合、原商標権者（商標権譲渡人）と商標権譲受人は、商標権ライセンシーに対して損害賠償責任を負う可能性があると考ええる。

著作権に関する裁判例が見当たらなかった（LexisNexis（<https://hk.lexiscn.com>）、中国裁判文書サイト（<http://wenshu.court.gov.cn/>）及び無訟という判例サイト（<https://www.itslaw.com/bj>）で「著作権」（和文：著作権）「損害賠償」（和文：損害賠償）という検索ワードを使って調べたところ、関連する判例が見当たらなかった。）ものの、少なくとも、著作権譲渡により、著作権者又は著作権譲受人が使用収益容認義務に違反した場合、ライセンシーに損害賠償責任を負わなければならないと考ええる。

²⁹⁵ 事件番号：（2011）寧民知終字第4号。

²⁹⁶ 事件番号：（2016）魯01民初4号。

²⁹⁷ 事件番号：（2010）粵高法民三終字第401号。

²⁹⁸ 事件番号：（2016）贛0192民初120号。

江西省南昌市中級人民法院は江西省南昌市經濟技術開發区人民法院の判決を維持した²⁹⁹。

ライセンスを離れた契約法の一般論としては、中国契約法は「売買は賃貸借を破らず」を原則としている³⁰⁰。すなわち、中国契約法 229 条は「賃借物が、賃借期間において所有権の変動が生じたときは、賃貸借契約の効力に影響しないものとする。」と規定する。そして、「影響しない」の趣旨については、賃貸借の対象たる権利に変更が生じた後、譲受人は、原賃貸人を代替して直接に賃貸借関係に入り、譲受人及び賃借人は、新しい契約の当事者になり、原賃貸人の権利義務を包括的に譲受人に移転することになると解されている^{301・302}。

c 学説

林華は、その博士論文において、「商標民事紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈」及び「技術契約紛争事件の審理における若干問題に関する全国法院の知的財産権の審理業務会議の紀要の通知」を参考とし、著作権移転を奨励し、作品利用の安全を保障するという目的から、ライセンスと権利譲渡との間で矛盾が生じる場合、「早い者勝ち」原則に基づき、ライセンス又は譲渡の効力を判断すべきと主張した³⁰³。

桂桂、景默寧は、この点について、以下のとおり述べた³⁰⁴。著作権譲渡は、譲渡人が著作権譲渡契約に基づき、契約に基づく財産権上の独占的な地位を譲受人に譲渡したことを意味している。譲渡人が譲渡前に契約に関わる著作権を他人にライセンスする場合、譲渡契約の効力が発生した後、ライセンシーの利用権は、必ず譲受人の所有権の制限を受け、不利な地位に陥ることになる。当該状況を避け、著作権の利用を促進するために、立法者は、特許権及び商標権法の関連規定を参照し、著作権ライセンシーを保護するよう規定すべきであり、著作権者は、既に他人にライセンスした著作権を第三者に譲渡する場合、ライセンシーは、既に締結済みのライセンス契約に基づき譲受人との間でも、約定された範囲で利用権を享有することができるようにすべきである。

徐曉穎は、同一類型の著作権について、著作権者が相前後して譲渡契約及びライセンス契約を締結する場合、譲渡契約及びライセンス契約がいずれも有効であるとき、ライセンス契約のライセンシーが、当該譲渡を過失なく知らず、かつ、ロイヤリティが支払われた場合、ライセンシーは優先権を有すると主張した³⁰⁵。

細部の議論は込み入っているものの、著作権が第三者に移転された場合、学者は、基本的に、「早い者勝ち」原則に基づき、先にライセンスを受けたライセンシーは、ライセンサー（譲渡人）との

²⁹⁹ 事件番号：(2016)贛01民終1853号。

³⁰⁰ 中国でこのような原則を取る理由としては、①賃借人の利益を保護するため（中国語：保护承租人利益）、②賃貸借関係を安定させ、取引安全を保護するため（中国語：稳定租赁关系，保护交易安全）、③物がその用を発揮し尽くすため（中国語：实现物尽其用）が挙げられており、このような原則が取られることは、賃貸借の「物権化」の例として説明されている。王利明。論“买卖不破租赁”[J]。中州学刊，2013(09):49。（王利民「『売買は賃貸借を破らず』を論じる」中州学刊 2013 年 09 期 49 頁）

³⁰¹ 王利明。論“买卖不破租赁”[J]。中州学刊，2013(09):48-55。（王利民「『売買は賃貸借を破らず』を論じる」中州学刊 2013 年 09 期 48-55 頁）

³⁰² ただし、当事者間で特約がある場合は異なる結果になる可能性がある。中国契約法第 79 条は、「債権者は、契約上の権利の全部又は一部を第三者に譲渡することができる。但し、以下に規定する事由のいずれかがある場合を除く。」と規定し同第 2 号は「当事者の契約の定めにより譲渡することができない場合」と規定する。例えば、所有者 A が賃貸人 B に賃借した後 C に目的物を譲渡した場合、通常は C と B が新しい賃貸借契約の当事者になり、その権利義務を承継する。しかし、これは A が C に賃貸借契約上の地位を譲渡したのと同様の状況である。B は A との間で A が B の同意なく賃貸借契約上の地位を譲渡してはならないという特約に合意することができ、その場合には、所有者 A の C に対する目的物を譲渡が少なくとも B に対して拘束力を有しないと考えられている。ただし、そこから「C への譲渡が無効になる」のかについては、肯定説（（2009）徐民二（商）初字第 119 号、（2013）浦民二（商）初字第 1225 号）と否定説（（2017）京 0102 民初 8528 号、（2009）绍商初字第 790 号）で判断が分かれている。

ライセンスにおいても同様に考えれば、ライセンス契約で権利義務の承継禁止を定めた場合、著作権の譲渡が無効になる可能性が高い。（ただし著作権ライセンスに関する裁判例を見つけないことができなかった。）

³⁰³ 林華。著作権转移规则研究[D]。中国社会科学院研究生院，2012。（林華「著作権移転規則研究」中国社会科学院研究生院（2012）。）

³⁰⁴ 桂桂，景默寧。简析知识产权领域的“买卖不破租赁”（桂桂＝景默寧「知的財産権分野の『売買は賃貸借を破らず』」、<https://www.zhihedongfang.com/2015/03/7955>、2017 年 12 月 25 日）

³⁰⁵ 徐曉穎。著作权转让与“登记对抗主义”之检视——从著作权“一权二卖”谈起[J]。研究生法学，2016, 31(03):151-158。（徐曉穎「著作権譲渡及び『登記対抗主義』の視検——著作権の『一権二売』から論じる」研究生法学 2016 年 31 卷 3 期 151-158 頁。）

間で既に締結した契約に基づき、約定された範囲で利用権を享有することができると考えられる。

このように、ライセンシーが譲受人に対して対抗できる場合における契約の承継はどのように考えるべきか。

学説上、上記で述べた契約法における「売買は賃貸借を破らず」の原則を前提に、以下のとおり主張されている。

林華は、その博士論文において、以下の通り指摘した³⁰⁶。当事者に特別な約定がない限り、著作権譲渡は、権利及び義務の全体的な譲渡を指す。当該権利が譲渡前に既に第三者にライセンスされ、賃貸され、またその他負担や義務を設定された場合、譲受人は、権利と併せて義務をも承継しなければならない。かつ放棄してはならない。「売買は賃貸借を破らず」もこの原理に基づくものである。

また、**中国知的財産権法学研究会民法典知的財産権編課題グループ**は、以下のとおり提案した³⁰⁷。

(2018年現在中国で制定されつつある)「民法典」において、知的財産権編を創設し、かつ、「権利者が知的財産権を譲渡する場合、他人との間で締結されたライセンス契約に影響を与えない。但し、知的財産権契約に別段の約定がある場合を除く」と規定するべきである。その理由は、以下のとおりである。契約法における「売買は賃貸借を破らず」は知的財産権の移転についても同様に適用される。ライセンス契約は、知的財産権の行使方法として実務上最も多いものの1つである、ライセンシーの利用権を保障するため、「売買は賃貸借を破らず」という法理を参考に、(ライセンス契約締結後に締結された)知的財産権譲渡契約もライセンス契約に影響を与えるべきではない。なお、知的財産権の客体は不動産と異なっているため、ライセンス契約の当事者が「売買は賃貸借を破らず」という規則の排除を約定することを認めるべきである。これにより、「売買は賃貸借を破らず」のメリットを果たすと同時に当事者自治の余地を与え、知的財産権の十分な利用にとって有利である。

中国知的財産権法学研究会民法典知的財産権編課題グループらの主張を参考に、民法における「売買は賃貸借を破らず」をほぼそのまま著作権分野に適用することができるとすると、以下のような帰結となる³⁰⁸。まず、ライセンシーは、引き続きライセンスされた著作権を利用する権利を有する。譲受人は、法律上当然に原著作権者(原ライセンサー)の法的地位を承継し、原ライセンサーの代わりに直接にライセンス契約の当事者となる。譲受人は、ライセンシーに利用を終了するよう要求してはならず、かつ、ライセンシーの利用を妨げてはならない。次に、ライセンシーは、原ライセンス契約に基づき、譲受人(新ライセンサー)に対してロイヤリティを支払い、譲受人は、無断でロイヤリティの金額を変更してはならない。

馬民虎は、ソフトウェア著作権を例として、著作権の承継について、以下のとおり述べた³⁰⁹。譲受人は、原著作権者の著作権だけではなく、その債権も承継し、例えば、ライセンシーに対して期限までにソフトウェア著作権料を支払うよう請求する権利、遅延利息、違約金、賠償金を請求する権利を有する。譲受人に移転された義務は、主として引き続きライセンシーの使用収益を保証することであり、技術サービスが関係した場合、譲受人は、完全、適切に義務を履行しなければならない、さもなくば、債務不履行の責任を負わなければならない。

イ ライセンサー倒産時の処理

(7) 倒産法制上の対応状況

中国の企業破産法において、著作権を含む知的財産権に関する条項は存在しない。ライセンサーの破産の際には、著作権ライセンス契約は、一般的には履行を完了していない契約(日本法上の「双

³⁰⁶ 林華・前掲注303。

³⁰⁷ 中国知识产权法学研究会民法典知识产权编课题组(中国知的財産権法学研究会民法典知的財産権編課題グループ)、「中華人民共和國民法典知的財産権編」学者提案稿。<http://www.whuipr.com/show/?16-831.html>。

³⁰⁸ 王利明. 论“买卖不破租赁”[J]. 中州学刊, 2013(09): 53-54. (王利明「『売買は賃貸借を破らず』を論じる」中州学刊 2013年09期53-54頁)も参照。なお、中国知的財産権法学研究会民法典知的財産権編課題グループが「知的財産権の客体は不動産と異なっているため、ライセンス契約の当事者が「売買は賃貸借を破らず」という規則の排除を約定することを認めるべきである。」とするように、民法の原理と著作権ライセンスの間に相違を認めるべきとする見解があることにも留意が必要である。

³⁰⁹ 馬民虎. 论软件版权在网络环境下的非独占许可[J]. 西安交通大学学报(社会科学版), 2000(02):30-34. (馬民虎「ソフトウェアコピーライトのインターネット環境下の非独占許可」西安交通大学学報(社会科学版)2000年第2期30-34頁。)

方未履行契約」に類似する概念である)に該当すると考えられる。企業破産法第 18 条第 1 項³¹⁰によると、管財人は、このような契約について、解除又は履行継続を選択する権利を有すると規定されている。したがって、管財人は、今後の契約の履行について、完全な選択権を有するといえる。管財人は、著作権ライセンス契約の解除を決定する場合、企業破産法第 53 条³¹¹によると、ライセンシーは、契約の解除により生じた損害賠償請求権をもって債権の届出を行うことができる。管財人は、著作権ライセンス契約の継続履行を決定する場合、企業破産法第 18 条第 2 項³¹²によると、ライセンシーは履行しなければならない。但し、管財人に担保の提供を要求する権利を有する。

また、企業破産法第 42 条第 1 項第 1 号³¹³によると、管財人は、履行が完了していない契約について履行を選択する場合、当該債務は共益債務として、債権者は、優先的に弁済を受けることができる。

要するに、管財人が契約を解除する又は継続をさせる権利を有するため、中国法において、ライセンサー破産の際にはライセンシーの保護の程度が低いと考える。

(イ) 著作権法制上の対応状況

中国の著作権法及び関連法令において、ライセンサーの破産の際の、著作権ライセンス契約の処理に関する明文規定は存在しない。

(ウ) 裁判例

LexisNexis³¹⁴、中国裁判文書サイト³¹⁵及び無訟という判例サイト³¹⁶で「著作権」(和文:著作権)「許可」(和文:ライセンス)「破産」(和文:破産)という検索ワードを使って調べたものの、関連する判例が見あたらなかった。

(エ) 学説

徐家力は、現在の法制度の下では、ライセンサーの管財人がライセンス契約の解除を決定する場合、知的財産権の実施のために十分な準備を行ったライセンシーにより投入された必要な生産設備、原材料、人件費等のコストは、直接損失に該当しないため、破産債権として計上することができないと指摘した。この問題を解決するために、徐家力は、最高人民法院の司法解释又は国务院知的財産権主管部門制定の「知的財産権ライセンス条例」において、履行が完了していない契約が知的財産権ライセンス契約に該当する場合、(現行法上の管財人ではなく)ライセンシーがライセンス契約を継続して履行するか否かを選択する権利を有することを定めるよう提案した。具体的には、ライセンシーは、ライセンス契約上の残期間内においては、その選択によりライセンス契約に定める権利を保有することができるが、ライセンス契約に定める費用を継続して支払い、かつ、相殺を主張してはならない。また、管財人は、ライセンシーが継続してロイヤリティを支払うよう要求する以外に、他の損害賠償を請求してはならないという提案である³¹⁷。

許徳風は、双方未履行契約の処理について、破産法の規定はあまりに簡単であり、合理的に各種

³¹⁰ 人民法院が破産申立を受理した後、管財人は、破産申立が受理される前に成立した債務者及び相手方当事者のいずれもが履行を完了していない契約について、解除又は履行継続を決定する権利を有し、かつ、相手方当事者に通知する。管財人が破産申立を受理した日から 2 ヶ月以内に相手当事者に通知しなかった場合、又は相手当事者からの催促を受領した日から 30 日以内に回答しなかった場合には、契約を解除するものとみなされる。

³¹¹ 管財人又は債務者が本法の定めに従い契約を解除する場合、相手方当事者は、契約の解除により生じた損害賠償請求権をもって債権の届出を行うことができる。

³¹² 管財人が契約の履行継続を決定した場合、相手方当事者は履行しなければならない。但し、相手方当事者は、管財人に担保の提供を要求する権利を有する。管財人が担保を提供しない場合は、契約を解除するものとみなされる。

³¹³ 人民法院が破産申立を受理した後に発生する次の各号に掲げる債務は、共益債務とする。

(1) 管財人又は債務者が、双方のいずれもが履行を完了していない契約を履行するよう相手方当事者に請求したことにより生じた債務。

³¹⁴ <https://hk.lexiscn.com>

³¹⁵ <http://wenshu.court.gov.cn/>

³¹⁶ <https://www.itslaw.com/bj>

³¹⁷ 徐家力、企業破産と知識产权許可研究[J]、青海社会科学、2017、(4):148-158。(徐家力「企業破産及び知的財産権ライセンスの研究」青海社会科学 2017 年 4 期 148-158 頁。)、徐家力、企業破産中の知識产权许可合同处理方法研究[J]、中州学刊、2017(05):48-56。(徐家力「企業破産中における知的財産権ライセンス契約の処理方法に関する研究」中州学刊 2017 年 5 期 48-56 頁。)

契約を処理することができないため、重大な欠陥が存在していると指摘した³¹⁸。知的財産権のライセンス契約等について、債務者（権利者）の破産前にライセンシーが既に取得した権利は、債務者（権利者）が破産した後も、継続して保護すべきであると主張した。

張欽昱は、破産の場合の知的財産権ライセンス契約の処理に破産法上の双方未履行契約の規定を適用するという伝統的な方法には欠陥が存在しており、管財人（権利者）が契約の終了を選択する場合、ライセンシーの利益を著しく害することになると評価した³¹⁹。また、破産法上の双方未履行契約の規定をライセンス契約に適用することは、必ずしもライセンシー・ライセンサー双方の実務上の需要を適切に反映していないことから、社会全体の利益を出発点として、破産時の知的財産権契約の問題に関する制度を設立すべきと主張した。具体的には双方未履行契約の場合にはライセンシーにライセンス契約の継続をするか否かを選択させるべきであると主張した。

馮克法、段修排は、管財人による知的財産権ライセンス契約の処理について以下の通り主張した³²⁰。管財人は、破産企業の利益を保護しつつも、知的財産の利活用、そしてライセンシーを含む関係者の適切な利益に配慮しなければならない。その上で、破産手続に一定の期間がかかることから、破産手続完了までにライセンス期間が満了するのであれば、継続して履行すべきだが、それまでに満了しないものについては基本的には破産手続完了以前に解除すべきであるとした。なお、登記を経ている場合や、破産前に既に一括でロイヤリティを支払っている場合には別の考察が必要であるとしている。

秦春は、ライセンサーの破産の時は、ライセンシーが非常に不利な状況に陥る可能性があるとは指摘した³²¹。管財人がライセンス契約を解除すると決定した場合、ライセンシーは確かに解除により生じた損害賠償債権を破産債権として届け出ることができる。もっとも、実務上破産事案の配当率はそれほど高くないので、弁済を受けられる比率は比較的低いと予想される。また、ライセンシーはライセンスを長期的に受けることができると信頼して投資をすることが多く、その投資の回収は困難である。しかも、第三者にサブライセンスをする場合には、ライセンシーはサブライセンシーから損害賠償請求を受ける可能性もある。だからこそ、ライセンシーに知的財産権の優先買取権を与え、破産時に管財人が第三者に知的財産権を譲渡する場合にはライセンシーがこれを買取ることができるようにすべきと主張した³²²。

董涛は、ライセンサーが破産した場合には、米国破産法を参照してライセンシーに特別な保護を与え、ライセンシーが継続的にライセンスを利用し利益を得ることができるようにすべきと主張した。（米国法については(1)を参照。）³²³

以上より、基本的には、学者は、現在の制度がライセンシーの利益を有効に保護することができないと評価し、また、ライセンサーの破産の際において、ライセンシーに契約履行の是非に関する選択権や著作権の優先買取権等を与えることを提案している。

ただし、最近（2012年-2014年）著作権法の改正が検討された際にはこの点の改正の動きはなかった。

³¹⁸ 許德風. 论破产中尚未履行完毕的合同[J]. 法学家, 2009(06):92-104. (許德風「破産における履行を完了していない契約について」法学家 2009年6期 92-104頁。)

³¹⁹ 張欽昱. 论许可人破产时对知识产权许可协议的处理[J]. 经济纵横, 2014(02):90-93. (張欽昱「ライセンサーが破産する場合における知的財産権ライセンス契約書の処理について」経済縦横 2014年2期 90-93頁。)

³²⁰ 馮克法, 段修排. 论管理人对破产企业知识产权的保护[J]. 山东审判, 2011(06):58-61. (馮克法＝段修排「管財人による破産企業知的財産権の保護」山東審判 2011年6期 58-61頁。)

³²¹ 秦春. 知识产权许可人破产情形下的许可使用研究[J]. 中国版权, 2014(06):78-82. (秦春「知的財産権ライセンサー破産の場合におけるライセンスの研究」中国版權 2014年6期 78-82頁。)

³²² ただし、張欽昱前掲注は、ライセンシーが実質的に他の債権者より優先弁済を受ける結果にならないか等、優先買取権に疑義を呈していることにも留意が必要である。

³²³ 董涛. 破产程序中知识产权许可协议“法律待遇”问题研究——美国的经验及对中国的启示[J]. 政治与法律, 2008(10):154-161. (董涛「破産手続における知的財産権契約書の『法律待遇』問題の研究—アメリカ経験及び中国への啓示」政治及び法律 2008年10期 154-161頁。)

第3 独占的ライセンシーへの差止請求権の付与について

1 問題の所在

(1) 問題の所在

現行著作権法上、産業財産権における専用実施権・専用使用権のような物権的な利用権が出版権以外に存在せず、また、利用許諾を受けた利用者に差止請求権が付与されていない。そのため、著作権者等との間で独占的な利用許諾契約を締結し、独占的な利用に対する期待を有するライセンシーであっても、第三者が無断で当該著作物を利用している場合に独占的ライセンシー自ら当該利用行為を差し止めることが困難な状況にある。

昨今の海賊版による著作権者等への被害は拡大しており、独占的ライセンシーが自ら差止請求を行うことができるようになれば、インターネット上の海賊版の削除請求や税関における海賊版の水際差止め等による海賊版対策が容易となることから、円滑な海賊版対策に資する可能性がある。

本調査研究では、以上の現在の法制度を踏まえ、独占的ライセンシーへの差止請求権を付与する制度の導入について、導入の必要性の有無及び導入を検討するに当たっての論点等について、調査・検討を行うこととした。具体的には、独占的ライセンシーへの差止請求権付与の検討の必要性については、アンケート・ヒアリング結果の分析（後記2(1)ア）、債権者代位権の行使による対応の問題点・限界についての分析（後記2(1)イ）を行った上で、それらを踏まえて検討委員会において検討を行い（後記2(2)）、独占的ライセンシーへの差止請求権の付与を検討するに当たっての論点については、独占的ライセンシーへの差止請求権付与についての民法法理からの分析（後記3(1)ア）、アンケート・ヒアリング結果の分析（後記3(1)イ）、特許法その他の知的財産権法との関係についての分析（後記3(1)ウ）を行った上で、それらを踏まえて検討委員会において検討を行った（後記3(2)）。さらに、これらと併せて、諸外国における類似制度についての調査を行った（後記4）。

なお、下記(2)で述べるとおり、過去に文化審議会著作権分科会において、この問題について、検討がなされているため、その内容も踏まえて検討を行うこととする。

(2) 文化審議会著作権分科会における過去の検討状況

文化審議会著作権分科会（第14回）では、「著作権法に関する今後の検討課題」として、「著作権者から利用の許諾を受けたライセンシーには、産業財産権法のように物権的な権利が与えられておらず、第三者の当該著作物を利用されている場合に差し止めることができない。」「著作物の『利用権』について、産業財産権のように著作権法上明確に位置付けて、物権化することや、第三者への対抗要件として独占的な利用許諾を登録する制度を創設すること等に関して検討する。」とされた³²⁴。

ここで検討課題とされた「利用権」については、「法制問題小委員会平成19年度中間まとめ」において、以下のとおり、今後の検討課題として位置づけられた³²⁵。

利用権の制度については産業財産権に多くの例が見られるが、著作権制度の中で利用権のうち産業財産権制度における専用実施権（排他的な実施権で、登録により効力が発生するもの）の制度を導入している国はほとんどない。専用実施権に相当する権利を創設する場合は、現行著作権制度の仕組みを大きく変える必要があると思われる。したがって、産業財産権のように著作権法上明確に位置付けて、物権的な権利を創設することや、第三者への対抗要件として独占的な利用許諾を登録することができる制度を創設すること等については、今後の課題として引き続き検討することが適当である。

その後、著作権分科会においては、本件課題についての具体的な検討は行われていない状況にある。

³²⁴ 文化審議会著作権分科会『著作権法に関する今後の検討課題』（平成17年1月24日）II(5)。

³²⁵ 法制問題小委員会平成19年度中間まとめ第5節3(2)。

2 独占的ライセンシーへの差止請求権の付与の検討の必要性について

(1) 調査内容

ア アンケート・ヒアリング結果の概要

(ア) 独占的ライセンシーに差止請求権が必要とされた事例について

アンケートでは、ライセンサーのうち独占的ライセンスを許諾したことがあると回答した者は 59.4%³²⁶、ライセンシーのうち独占的ライセンスの許諾を受けたことがあると回答した者は 59.1%³²⁷であり、独占的ライセンスが実務上相当程度用いられているところ、独占的ライセンス契約に係る著作権等が第三者に侵害された経験があると回答したライセンシーは 50.5%であった³²⁸。さらに、当該経験を有するライセンシーのうち、何らかの侵害排除のための対応を行ったものの侵害行為を停止することができなかった経験がある者の割合は 72.5%に上った³²⁹。

ヒアリングでは、個人の権利者から訴訟提起に難色を示されて対応が進まなかった事例のほか、書籍や文芸の分野では著者自身が海賊版対策を行うことは難しいので出版社が代わりに行う実態が報告された。また、今後増加していく海賊版対策を個々の権利者が行うことは事実上不可能であり、出版社等の独占的ライセンシーがまとめて権利行使をできるようにしないと実効性のある海賊版対策は難しいとの意見もあった。

【ヒアリング結果概要】

- 作家さんが自らの名前を出して侵害行為を排除することに難色を示して対応が進まなかったという事例はある。個人の権利者、作家さんは、そうした場面で名前が出るのをとても嫌がる。こういう時代なので、やはり名前を出すことによって「炎上」することは心配する。（福井健策弁護士）
- ネットの時代にあっては、個々の著作権者が侵害対策を行うなんて不可能。それこそ出版社が取りまとめる等しなければ到底対応できない。著者の先生方も出版社がやるべきことであると思っている方が多く、期待されているところでもあるので、独占的ライセンシーに差止請求権を付与することは海賊版対策にあたって非常に重要なことである。（一般社団法人日本雑誌協会）
- 現行の制度だと著作権者が全ての海賊版の差止請求を行わなければならないがため、すぐに対応をするのが難しい。独占的ライセンシーが差止請求をできるようにすれば実態として海賊版に対する抑止力が今よりも広がることになる。今後海賊版に対する網を広げなければならないが、著作権者しか差止請求ができないと著作権者の負担が大きい。（放送事業者関連会社 B）
- 海賊版対策などを著者の先生が自ら行うことは難しいので、出版社に任せることになる。著者の先生は出版社から侵害排除のための書類に押印を求められれば押印するなど協力している。（公益社団法人日本文藝家協会）
- 今後増加していく海賊版対策を個々の権利者が行うことは事実上不可能であり、出版社等の独占的ライセンシーがまとめて権利行使をできるようにしないと実効性のある海賊版対策は難しい。（一般社団法人日本書籍出版協会）

また、東京税関へのヒアリングでは、水際対策において、現行関税法上では差止請求権を有する者である著作権者本人のみが差止申立てが可能となっているものの、著作権者本人の住所や氏名が

³²⁶ アンケート Q19 に対する回答（複数回答可）。「ライセンサーの自己利用も排除される形での独占的ライセンスを行ったことがある」（18.7%）と「ライセンサーの自己利用は排除されない形での独占的ライセンスを行ったことがある」（40.7%）の合計。

³²⁷ アンケート Q25 に対する回答（複数選択可）。「ライセンサーの自己利用も排除される形での独占的ライセンスを行ったことがある」（26.6%）と「ライセンサーの自己利用は排除されない形での独占的ライセンスを行ったことがある」（32.5%）の合計。

³²⁸ アンケート Q71 に対する回答

³²⁹ アンケート Q73 に対する回答。「第三者による侵害行為が停止することはなかった」（9.8%）と「第三者による侵害行為を停止することができたこともできなかったこともあった」（62.7%）の合計。

開示されることへの抵抗感や差止申立てに係る手続きコスト等から、差止申立ての断念に繋がっていることが考えられるとの懸念が示された。この点については、実体法である著作権法において、独占的ライセンシーに差止請求権が付与されるような改正が行われれば、独占的ライセンシーによる差止申立てが可能となり、問題解決に繋がるとの期待も示された。

同様に、ヒアリングでは、独占的ライセンシーの立場からも、税関において独占的ライセンシーによる差止申立てが可能となれば、水際対策も相当行いやすくなり海賊版対策に繋がるとの意見もあった。

【ヒアリング結果概要】

- 関税法上差止請求権があるのは著作権者本人で、本人のみが差止申立て可能である。差止申立てを受理した場合には、著作権者の住所、氏名が申請者としてウェブサイト等に掲載される。認定手続開始時に、輸入者側に申請者の住所、氏名は明らかになってしまうので、個人情報が開示されるのは嫌だとして申立てを回避する案件が出てくることになる。（東京税関）
- 差止申立てに当たっては権利者であること、著作物性があること、侵害判断のポイント等について書類の提出を求めるので、著作権者が差止請求人になるコストが大きいとして断念することもある。著作権者は漫画家であれば漫画を書くのに一生懸命だし、そこまでのコストをかけるのは難しいということで断念に繋がっているのかもしれない。（東京税関）
- 税関では商標権侵害で止められるものは止めている。一方で、著作権侵害で止める場合には、著作者である漫画家の先生の免許証やパスポートのコピーの提出が求められて、出版社としてとてもじゃないけどそんなこと出来るわけがない。海外の税関のケースでも、著作者であることを一日二日で証明しろと言われることがあり、そんな短期間で著作者の先生と連携して対応することは難しい。これらが全て出版社で出来る環境になれば状況はかなり良くなると思う。（一般社団法人日本雑誌協会）
- 税関における海賊版 DVD の輸入差止申立ては権利者本人でないと申立てをすることができず、代理人を立てるにしても弁護士・弁理士に委任する必要があつて、実際にそこまでお願いするのは権利者の労力や費用負担などを考えると難しい。これが独占的ライセンシーでも申立てできるようになれば積極的に申立てを行うことができる。（放送事業者関連会社 B）

（イ） 独占的ライセンシーへの差止請求権の付与に対する関係者の意見

アンケートでは、ライセンシーの立場となる者に対して独占的ライセンシーに差止請求権を付与することの是非について質問したところ、「導入すべき」「どちらかといえば導入すべきと思う」との回答の割合が 69.0%に上った³³⁰。理由としては、インターネット上の膨大な侵害を個別の著作権者が対策をとることは不可能であること、配信サイトが独占的ライセンシーには差止請求権が付与されていないことをもって侵害対策に非協力的な現状にあること、ライセンサーが作家等の個人である場合には自らが矢面に立つことを恐れて侵害対策が進まないこと、ライセンサーがビジネスを行っているわけではないためライセンサーには侵害排除のインセンティブが生じないこと等が挙げられた。制度の導入に対し否定的な意見の理由としては、差止請求は本来ライセンサーが対応すべき事柄であることが挙げられた。

【アンケート結果概要】

＜導入すべきとする理由＞

- 出版権者であっても、出版権侵害に該当しない侵害や、出版権の改正以前の多くの電子的利用許諾契約では、ライセンシーに差止請求権はなく、出版社単独では対処できない。一方、インターネット上の膨大な侵害事例は、個別の著作権者が差止等の対策をとることは不可能な量と様様になっており、出版社が著作権者の意向を集約して対処せざるをえない。
- 個人が創作する著作物をライセンスを受け利用する立場なので、創作者＝著作権者に侵害対応の義務を負わせても実効性がない。法人であるライセンシーが差止等が行えるようになるこ

³³⁰ アンケート Q75 に対する回答。「導入すべき」（36.2%）と「どちらかといえば導入すべきと思う」（32.8%）の合計。

とが、コンテンツ産業を守る第一歩である。

- 差止請求権はライセンシーには認められていないことを理由に配信サイトが非協力的であることが多い。
- 独占的ライセンシーを認めた時点で、被許諾者は第三者に邪魔されずに利益を上げることが当然のこととして前提されており、それは第三者によって侵害されるべきではないし、侵害に対して対抗することはライセンサーの利益にもかなうと考えます。
- ライセンサーが企業であれば積極的に侵害行為を差し止めてもらいたいし、差し止めるべくライセンサーも動いてくれると思いますが、ライセンサーが作家のような個人である場合、自分が矢面に立つことを恐れ、嫌う方が多いため、代理人ではなく本人の立場で侵害行為の差し止めができるとかなりやりやすくなります。
- 国外にいるライセンサーによる差し止めは、時間と手間がかかるためあまり効率のよい方法ではありません。
- ライセンサーがビジネスを行っているわけではないので、権利行使に対するインセンティブが起きない。また、ライセンサーと侵害者との関係から、ライセンサーが自らは権利行使主体者に立ちたくないというケースもある。

<導入すべきでないとする理由>

- 本来ライセンサーが対応すべき事項であるから。

また、アンケートでは、ライセンサーの立場となったことがある者に対して独占的ライセンシーに差止請求権を付与することの是非について質問したところ、「導入すべき」「どちらかといえば導入すべきと思う」との回答の割合が66.7%に上った³³¹。理由としては、侵害対策の手段が増えることはライセンサーとしても望ましいことや独占的ライセンスの利益を守るためにも導入すべきなどの理由が挙げられた。導入すべきでないとする理由としては、ライセンサーが本来対処すべき問題であること、物権でない独占的ライセンスに差止請求権を認めるのは法的安定性を害することなどの理由が挙げられた。

【アンケート結果概要】

<導入すべきとする理由>

- コスト、人的リソースの負担を考えれば、独占的ライセンシーに自ら対策に動ける法的根拠を与えることは、ライセンサーとしても望ましい。
- 独占的ライセンスの利用状況や侵害状況を実際に把握できるのはライセンシーであり、ライセンシー自らが侵害行為を差し止めることが出来る制度が望ましい。それが独占ライセンスであればなおさらで、ライセンシーの事業が守られることがライセンサーの利益にもかなう。
- 独占的ライセンスの利益を守るためにも導入すべき。
- 独占的ライセンシーが差止請求することに問題があるとは思えないし、よりスムーズに対応できるのであれば、その方が望ましいと考えるため。
- 侵害行為に対抗する手段は増えるが、侵害行為差し止めが義務化されるとすべての侵害行為対策を行うのは実務的に難しい。
- 独占的ライセンシーの立場を明確にした上で、なおかつライセンサーに事前に報告し、進捗状況を都度報告することを義務付ければ、導入してよいと思います。

<導入すべきでないとする理由>

- 著作物の無断利用者がライセンサーの顧客という場合もありうるため。
- ライセンサーが本来対処すべきだから。
- 独占的ライセンスは物権ではないため、差し止め請求権を認めるのは法的安定性を害する。

ヒアリングでは、ライセンシーからは、海賊版対策を著作権者等のみで対応を行うことは困難で

³³¹ アンケート Q94 に対する回答。「導入すべき」（33.3%）と「どちらかといえば導入すべきと思う」（33.3%）の合計。

あること、訴訟提起を忌避する著作権者等が存在することにより海賊版対策を進めにくいこと、制度導入により不利益を被る者があまり考えられないこと等の理由で独占的ライセンシーに差止請求権を付与することについて肯定的な意見が多く見られた。一方で、独占的ライセンシーに差止請求権が付与された場合には、それをもって独占的ライセンシー側に一方的に侵害排除の義務が課されることになるのではないかと懸念も見受けられた。

ライセンサーからは、独占的ライセンシーが自ら差止請求権を行使することに対して、侵害排除が円滑に進むという観点から肯定的な意見があった。一方で、ライセンサーからは、自身の承諾なく差止請求権の行使がされることについて懸念³³²も示された。

【ヒアリング結果概要】

- 海賊版対策は、特に著作権者が個人である場合には困難である。とはいえ、ライセンス先の出版社等は権利者ではないから自ら差止請求をすることはできない。また、海外やネットにおける海賊版への対策は、企業が単体で行うのも不効率であり、団体として行うのが効果的、実効的と言われているが、例えばそうした団体への参加者が差止請求権を有していないとすると、効果的、実効的な海賊版対策ができない。独占的ライセンシーに差止請求権を付与すれば、個人の著作権者も独占的ライセンシーも Win-Win となるのではないかと。（日本弁理士会）
- 実演家が自ら訴訟を提起するようなことは、特に忙しい著名な実演家には難しいし、仮に海賊版対策だったとしても、裁判沙汰になっているというイメージが生じることも避けたいところ。ライセンシーに差止めをしてもらうことができた方が良いのではないかとと思われる。（公益社団法人日本芸能実演家団体協議会）
- 個別のデザイナーが侵害排除に動くのは難しいので、独占的ライセンシーが差止請求をすることができた方がメリットは大きいのではないかと。（公益社団法人日本グラフィックデザイナー協会）
- 独占的ライセンシーが差し止めできるような制度があるとありがたい。著作権者側で対応してもらえないときに独占的ライセンシー自身が差し止めできるという選択肢があると良い。（一般社団法人日本知的財産協会会員 D 社）
- 独占的ライセンシー自身が差止請求権を行使できるような制度があれば、それ自体は良いことだと思うが、この制度をもとに独占的ライセンシーの側に侵害排除の義務が課されるようになってしまうのではないかと懸念している。（一般社団法人モバイル・コンテンツ・フォーラム）
- 侵害対策は「モグラたたき」とよくいうが、限定的な対応しかできないのが現状。そのため、対応する窓口が増えるのは我々としてはメリットがある。（放送事業者 A）
- （独占的ライセンシーが侵害者に対して差止請求を行うことについて）良いのではないかと。そうすれば著者本人ではなく、版元が全部対応することができるようになる。（公益社団法人日本文藝家協会）
- 基本的にはライセンサーが対応すべき。現実的にライセンサーに対応能力がない場合には制度導入は有益だろうが、現時点でそこまでの問題は生じていないし、また、ライセンサーにしか知り得ない事情もあると考えられるところ、独占的ライセンシーの側で全ての対応ができるわけではないと考える。（一般社団法人日本民間放送連盟会員 A 社）

（ウ） 第三者の無断利用に対して独占的ライセンシー自らが現状講じている対策について

a 警告状の送付

アンケートでは、独占的ライセンス契約に係る著作権等が第三者に侵害された経験のあるライセンシーのうち、ライセンシー自ら侵害を行う第三者へ利用を停止するよう求めたことがある者の割合は 41.2% となっており³³³、少なからず独占的ライセンシー自らが侵害排除に向けて行動を行うことが確認された。

³³² ヒアリング結果の概要については、「3(1)イ(イ) 著作権者等の意思との関係について」（123 ページ～124 ページ）参照。

³³³ アンケート Q72 に対する回答（複数回答可）。

ヒアリングでは、独占的ライセンシー自らが侵害排除に向けて、ISP に削除要請を行ったり侵害者に警告状を送付したりする等の対策を行っていることが確認された。一方で、その効果については、ISP や侵害者等によるところも大きく、本人名義の申立て以外は一切受け付けられない者も存在することから、十分に効果が上がらない現状にあることが報告された。

【ヒアリング結果概要】

- 独占的ライセンシーによる警告の結果、侵害物等が削除されるなど、効果が上がる場合は十分にある。他方、侵害者が「権原を有していることの証明をせよ。」などと主張して、本人名義の申立て以外一切受け付けず、効果が上がらない場合もある。（福井健策弁護士）
- （独占的ライセンシーである）出版社が警告状を送付しても削除してもらえないケースが特に日本の場合に多い。著作者の委任状や、著作者であることを証明できる書類（免許証、パスポートのコピーなど）の提出を求められることもある。もちろん出版社の請求で削除してもらえる場合もあるが、それはその ISP 側の好意によるところが大きい。（一般社団法人日本雑誌協会）
- 大手の ISP に関しては出版社名義の警告状で削除請求をしても対応してもらえる場合が多い。（一般社団法人日本書籍出版協会）

b ライセンスに代わる著作権等の一部譲渡

現行の法制度の中で、利用者が自ら差止請求権を行使するためには、独占ライセンスに代わって著作権等の一部譲渡を受けることが考えられ、ヒアリングでは実際にそのような対策を行う例も確認された。一方で、既に 10～11 ページにて分析したとおり、著作権者等が譲渡に対して抵抗感を有する場合には合意が出来ず、問題の根本的な解決に繋がらないこととなる。

【ヒアリング結果概要】

- （独占的ライセンシーに差止請求権が付与されていないため）海外で商品展開をすることが見込まれるキャラクターについては作家から著作権の譲渡を受けることが多分にある。（放送事業者関連会社 B）
- 独占的ライセンシーの保護がされていないからといって、打つ手がないではない。例えば 5 年間の独占的ライセンスをするのではなく 5 年間という期間譲渡するという契約をすれば乗り換えられる。そうした業界の工夫を用いればできるのではないか。（一般社団法人日本レコード協会）

c 債権者代位権の行使

ライセンサーが独占ライセンシーに対して第三者が侵害行為を行った場合に差止請求権や廃棄請求権を行使すべき義務（侵害排除義務）を負っている場合には独占的ライセンシーに対し債権者代位権の行使としてライセンサーの差止請求権の行使を認める裁判例が存在する³³⁴ため、独占的ライセンス契約における侵害の排除に関する取り決めについて調査を行った。

アンケートでは、独占的ライセンシーに対して当該独占ライセンスにおいてライセンサーが積極的に侵害を排除する義務を合意しているかどうかと質問したところ、侵害排除義務を課していないとの回答が 55.4%であり³³⁵、ライセンサーに対して同様の質問をしたところ、侵害排除義務を課していないとの回答が 57.3%であり³³⁶、必ずしも広く侵害排除義務を課す合意がなされているものではないことが確認された。

ヒアリングでは、侵害排除義務をあまり課していない実態とともに、予測可能性が低いため債権者代位権の行使は避けたいとする実態が報告された。

³³⁴ 独占的ライセンシーによる債権者代位権の行使に係る詳細な分析については、「イ 債権者代位権の行使による対応の問題点・限界」（103 ページ～110 ページ）参照。

³³⁵ アンケート Q74 に対する回答

³³⁶ アンケート Q93 に対する回答

【ヒアリング結果概要】

- 著作権者に侵害排除義務を負わせる条項はあまりない。著作権者に協力義務を課すことはあるが、侵害排除義務を置いて、実際に侵害を排除させるのは無理だというのはライセンシーの側も分かっている。（一般社団法人日本写真著作権協会）
- 美術家が積極的に侵害を排除すべきといった定めは特に置かれていない。双方誠実に対処することが書かれるくらいである。（一般社団法人日本美術家連盟）
- 著作者と出版社で協力して侵害を排除するといった条項となっている。著者の先生に侵害の排除を義務づける条項を入れるなんて考えられない。（一般社団法人日本雑誌協会）
- 債権者代位権を行使するために、侵害排除に関する費用はライセンシーが負担することを明記してライセンシーに侵害排除義務を課すケースはある。多くの場合は、その条件でもライセンシーは侵害排除義務を受け入れない。債権者代位権を実際に行使したことはなく、裁判所で認められるかは分からない。（一般社団法人モバイル・コンテンツ・フォーラム）
- 債権者代位についても聞き及ぶだけで使ったことはない。そうでなくても裁判を忌避したがる業界でもあるし、最終的に裁判所が認めないかもしれない理屈を使って裁判を起こして大変なエネルギーをかけるのは避けたいところ。（福井健策弁護士）

イ 債権者代位権の行使による対応の問題点・限界

(7) はじめに ― 債権者代位権（民法423条）の転用の可能性について ―

a 独占的ライセンシーに権利行使を認めるべき必要性について

著作権法 112 条 1 項は、著作権侵害行為についての差止請求権者を「著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者」と法定しており、独占的か否かにかかわらず、利用権者／ライセンシーは差止請求権者とされていない。

しかし、独占的ライセンスを付与した著作権者は、一定額以上のロイヤルティ収入が確保できればよく、日本市場における侵害の状況について強い関心を持たない場合などがある。また、侵害訴訟を提起するなどして、市場から第三者である侵害者を排除するためには、手間も費用も掛かることから、とりわけ著作権者が個人である場合または外国企業である場合など、能力的な若しくは費用負担的な観点から、侵害訴訟を自ら提起することができない場合、または、望まない場合が少なからず存在する。

このため、著作権者が適切な権利行使をしない場合など、著作権者に代わって独占的ライセンシーに権利行使を認めるべきとの要請があることから、民法上の「債権者代位権」の転用という構成によって、独占的ライセンシーにも権利行使を認めるという見解があり、これを肯定する学説及び知的財産法分野の裁判例³³⁷が存在する。

＜参考＞

著作権法 112 条 1 項（差止請求権）

著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者は、その著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。

b 民法における債権者代位制度について

（現行）民法 423 条は、債務者の責任財産の維持・強制執行の準備を本来の制度趣旨として、債権者代位制度を定めている。かかる制度趣旨から、債権者代位に関する、「自己の債権を保全するため」という要件は、債権者が代位権を行使しないと債務者が無資力になり、完全な弁済を受けられなくなる（無資力要件）を意味すると解されている。

しかし、判例は、金銭債権以外の債権である登記請求権や不動産賃借権を被保全債権とし、無資力要件を不要とするなど、制度の転用を認めることで合理的な結果をもたらし、かつ、債務者及び第三者に不当な不利益を与えない場合には、本来の要件を変容させて、債権者代位権を認めている

³³⁷ 差止めについて、東京地判昭和 40 年 8 月 31 日判タ 185 号 209 頁〔カム装置事件(特許)：代位行使を認めた〕、東京地判平成 14 年 1 月 31 日判時 1818 号 165 頁〔トントウ事件（著作権）：一般論として代位を肯定〕、大阪高判平成 14 年 7 月 10 日平成 13（ネ）23 号〔迷奇事件（商標）：代位行使に言及〕がある。

（「債権者代位権の転用」）。

＜参考＞

民法 423 条 1 項 （債権者代位権）

債権者は、自己の債権を保全するため、債務者に属する権利を行使することができる。ただし、債務者の一身に専属する権利は、この限りでない。

（イ） 従来の学説における転用の考え方

債権者代位権の転用の可否を検討する際には、現行法の解釈として、まず、民法 423 条の文言上要求されている（i）被保全債権（「自己の債権を保全するため」）の有無、及び、本来の制度趣旨とは異なるものの、債権者を保護する必要性が高いから、債権者代位権を転用してでも救済しようという「転用」のための要件としての、（ii）債権者保護の必要性としてどのような内容を要求するかが問題となる。

知的財産権の分野における債権者代位権の転用（独占的ライセンシーによる債権者代位権の転用）の可否及びその要件に関する従来の学説は様々である。しかし、条文上の要件である「自己の債権を保全するため」という文言について、（本来型の場合のように、「無資力要件」までは要求しないまでも、）前記(i)の「被保全債権」に関する要件をどのように考えるか、及び、前記(ii)の「転用して債権者を救済すべき必要性」の要件についてどのように考えるか、という観点に着目して、著作権法における議論を整理すると、大まかには、以下のように分類できる。

① 侵害排除義務必要説

＝ ライセンス契約の中で、ライセンサーに侵害排除義務が課されている場合に限り、債権者代位を認める見解

例えば、代表的なものとしては、「債権者代位権と構成する以上は、独占的利用権者が著作権者に対して請求する基礎となる請求権を有していることが要件となるが、第三者が著作権侵害行為をした場合に、独占的利用権者が著作権者に対してその第三者に差止めを請求するように当然に求められるものではない。著作権者は重疊的には利用許諾をしないと当該利用権者（被許諾者）に対して約束しているに過ぎないのが通常だからである。したがって、著作権者が独占的利用許諾をする際に利用権者（被許諾者）に対して、かりに第三者が侵害行為を行った場合は、著作権者において差止請求をするとの義務を負担した場合にのみ、独占的利用権者は著作権者にこのような義務を履行するよう請求できるのであって、このような約定のある場合以外は、独占的利用権者は著作権者の第三者に対する差止請求権を代位行使することはできないというべきである」と述べるものがある（高林龍「標準著作権法〔第 3 版〕」（有斐閣、2016）209 頁）。

債権者代位制度を利用する場合には、ライセンサー（債務者）が侵害者（第三者）に対して行使しうる差止請求権について、ライセンシー（債権者）が代位行使を主張するための基礎となる被保全債権を保有していることが前提と考えられるが、このような権利をライセンス契約における、ライセンサーに対する侵害排除請求権（逆から見ると、ライセンサーの侵害排除義務）に限られるとし、これを積極的に³³⁸要求するのが、この見解の特徴である。

①' 侵害排除義務必要説（消極の場合も含む立場）

＝ 上記①の侵害排除義務について、契約書中に条項として積極的に明示されていない場合であっても、被保全債権が存在すると緩やかに認める見解がある³³⁹。

³³⁸ 「このような義務を負担していることが、被許諾者において権利者を代位して侵害者に対して差止めが請求できる根拠となる以上は、許諾契約締結に際して、かかる約定を付することが必須であるし、このような約定を著作権者がしてくれないのであれば、差止請求権の代位行使はできないことを被許諾者は覚悟すべきである」（前掲・高林 210 頁）と述べており、契約中に積極的に規定することが意図されている。

³³⁹ 著作権分野ではなく、特許法の独占的通常実施権についての見解であるが、「許諾者以外の第三者との関係においては当該実施権者に特許発明の実施を独占させることを目的として許諾されているのであるから、他に実施者が生じないようにすることは許諾者の債務の内容となっており、この債務の内容は他に実施の許諾をしないことのみならず、無権原実施すなわち侵害行為により独占的実施が妨げられている場合には、この妨害を排除して独占的実施の実を確保すべき義務を含むと解すべきである。許諾契約において侵害排除義務が明定されている場合は当然であるが、侵害排除義務の約定がなかったとしても、特許発明の実施を特定の実施権者にのみ独占的に許諾した独占的通常実施権許諾契約の趣旨からすると、独占的実施の実を損なう他のすべての実施を排除すべきことを許諾者の義務としてとらえることが契約当事者の意思に合致するというべきである。したがって、独占的通常実施権者は、特許権者が侵害行為を放置している

例えば、「独占的利用許諾の目的は、利用権者に対し、許諾の範囲内で著作物の利用を独占させることにあるから、著作権者が独占的利用許諾を付与した場合には、著作権者は利用権者の独占的な利用を可能とする債権的な義務を負うものというべきであり、著作権者が第三者の侵害行為を漫然と放置し、その結果、利用権者の独占的地位が害されている場合には、利用権者は、自己の独占的地位の維持・回復を図るために著作権者に代位して侵害者に対し差止請求権を行使しうるものと解するのが妥当である。」

「学説では、著作権者が積極的に侵害排除義務を負担する場合に限り、利用権者の代位行使を認めるべきであるとする見解も有力である（中略）。しかし、一般に侵害訴訟の提起には時間と費用を要するため、利用許諾契約に著作権者の侵害排除義務が定められないことも少なくないであろう。したがって、著作権者が積極的に侵害排除義務を負う場合に限り、利用権者の代位行使を認めるとすると、代位行使が認められる余地がかなり限定され、利用権者の保護が不十分なものとなるおそれがある。著作権者が独占的な利用許諾を行った場合には、第三者に重ねて利用許諾を行うことができないのであるから、第三者の侵害行為が生じた場合に利用権者の代位行使を認めても著作権者の正当な利益が害されることはなく、むしろ利用権者の代位行使を認めることが独占的利用許諾の目的・趣旨に合致するものといえるから、著作権者が積極的に侵害排除義務を負うか否かに関係なく、利用権者の代位行使を認めることが妥当であろう。」とするものがある（島並良・上野達弘・横山久芳「著作権法入門（第二版）」（有斐閣、2016）240頁）。

この考え方を採用することができれば、契約書において明示的に著作権者の侵害排除義務が排除されているような事案を除けば、比較的、債権者代位を容易に認めることができそうである。しかし、この説に分類しうる見解の中でも、侵害排除義務をどこまで緩やかに認めるかについて、相当の幅がありそうであって³⁴⁰、裁判所がこのような考えに立つとすると、現に事件が起きてみないと、権利行使の可否が明確にならないことになる。

② 現実の市場独占説

＝ ライセンス契約中に侵害排除義務の規定があるか否かではなくて、現実には市場を独占していたか否かをメルクマールにして、債権者代位を認める見解

例えば、「元来の債権者代位制度は債務者の無資力の場合を想定していたが、現在では特定債権の保全のためにも利用されるようになってきており、独占的な利用権者にも認められるべきであろう。通説・判例は不動産の債権的利用権に基づき代位を認めているが、著作権の独占的利用権者の立場が、これと類似の状況にあるか、という点が問題となる。学説の中には独占的利用許諾契約の中に著作権者の侵害排除義務が定められている場合にのみ代位を認めるという考えもあるが、契約書に侵害排除義務の記載があるか否かではなく、むしろ現実的に市場を独占していたか否かを問題とすべきであろう。不動産の債権的利用権の場合と比較すると、独占的利用契約により、利用権者が市場で独占的地位を有しており、かつ現実には独占の状態にあった場合には、その独占性が侵害されれば保護に値する利益はあるといえよう」とするものがある（中山信弘「著作権法〔第2版〕」（有斐閣、2014）602頁及び603頁）³⁴¹。

前記の侵害排除義務必要説が、被保全債権の有無の観点から、ライセンサー・ライセンシー

ときには、債権保全の必要性があるとして、債権者代位権により特許権者の有する差止請求権を自己の名で行使することができる。」とするものがある（牧野利秋「特許権侵害訴訟における差止請求及び損害賠償請求の要件事実」（牧野利秋・飯村敏明編「新・裁判実務大系（知的財産関係訴訟法）」）55頁）。

³⁴⁰ 著作権法63条によるライセンシーに差止請求権を認めるとするならば「それは出版権に限りなく近づいた状態になったときでなければならぬ」という立場から、「著作権者が利用をしない完全独占的ライセンスであること」に加えて、「著作権者に侵害排除義務が明示的あるいは黙示的に課されていることも必要である」とするものがある（半田正夫・松田政行「著作権法コンメンタル2〔第二版〕」（勁草書房、2016）785及び786頁）。この見解は、「独占的ライセンスの本質は、ライセンシーに著作物を独占的に利用しうる債権的な地位を認めることであって、侵害排除義務が独占的ライセンス契約から当然に導かれるわけではない。…「他者に許諾しないことという債権」は他者に許諾をしないことですでに実現している」と述べており（同787頁）、黙示の義務でよいとは述べるものの上記で紹介した見解よりは、①説に近いものと考えられる。

³⁴¹ 上記②で引用した考え方より、限定的に思われるが、「完全独占的通常実施権者については、市場における独占的な地位が許諾契約の履行を通じて事実上実現されているかぎり、特許権者の差止請求権の代位行使及び固有の損害賠償請求権の行使を認めることができると考える」という見解がある。（三村量一「特許実施許諾契約」（相山敬士・高林龍・小川憲久・平嶋竜太編「ビジネス法務大系1 ライセンス契約」（日本評論社、2007）123頁）

間の契約内容に着目したのに対して、この見解は、転用事例におけるライセンシー保護の必要性の点をむしろ重視した見解と考えられる。

この見解に対しては、「債権者代位権は民法 423 条に基づくものであり、同条を適用する以上、独占という事実やライセンシーの利益といったものと実現されるべき特定債権とは明確に区別されるべきである。独占性が侵害されれば保護に値する利益があるとしてライセンシーに債権者代位権の成立が認められるとするならば、それは転用さえも超えるものとなろう」³⁴²という批判がなされている。

③ 侵害排除義務不要説

＝ 被保全権利を緩やかに認め、債権者代位を広く肯定する見解

「著作権者に侵害排除義務が無かったとしても、他者に利用許諾を付与しないことという債権を有する被許諾者に法的に保護すべき利益があることは否めないから、これを被保全債権とする債権者代位を認めるべきであろう。さもないと、著作権者が被許諾者に債権者代位に基づく差止請求が可能であることを前提としつつ、それゆえに自らが侵害排除義務を免れるという形の契約をなすことができなくなる」（田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、2004）485 頁）³⁴³。

前述のとおり、外国の企業との取引においては、むしろライセンサーとライセンシーの間の交渉力の問題もあり、ライセンシーこそが侵害排除義務を課され、権利者自らは侵害排除義務を免れるような取引を望む向きもあるが、このような現実の取引の実態を尊重した考え方と思われる。

（ウ）著作権の分野における近時の裁判例の判断

他の知的財産法に関する事案では、差止請求権の代位行使が可能であることを認めた事案として、特許に関するカム装置事件（東京地判昭和 40 年 8 月 31 日判タ 185 号 209 頁）³⁴⁴、商標に関する大阪高判平成 14 年 7 月 10 日平成 13（ネ）23 号〔迷奇事件〕³⁴⁵がある。そして、著作権の分野でも、一般論として、債権者代位による救済の可能性を肯定したと理解できるもの（当該事案では独占的ライセンシーではないとして代位を認めなかった）として、トントウ事件（東京地判平成 14 年 1 月 31 日判時 1818 号 165 頁）³⁴⁶など³⁴⁷があった。

³⁴² 前掲・著作権法コンメンタール 2〔第二版〕787 頁

³⁴³ 同様に被保全権利を緩やかに認めていると思われる見解として、「A が著作権者との間に独占的利用許諾契約を結んでいる場合に、B が著作権者に無断でその契約の内容となる著作物利用行為を行ったときには、A は、（中略）著作権者が B の行為を放任しておれば、独占的利用権という自己の債権を保全するために民法第 423 条の規定によって債権者代位権を行使して債務者である著作権者に属する権利である差止請求権を直接行使することができます」（加戸守行『著作権法逐条講義（六訂新版）』（著作権情報センター、2013）449 頁）というものがある。

³⁴⁴ 裁判所は、「原告は、クリ・ダン社に対し、前判示のとおり本件特許発明を独占排他的、かつ、全面的実施に積極的に協力すべきことを請求する債権を有し、したがって、原告は、右債権を保全するため債務者クリ・ダン社に代位してクリ・ダン社が被告に対して有する右（一）記載の差止請求権を行使しうるものと解すべきであるから、原告の被告に対する前記行為の差止請求はその理由があるものといえることができる」とした。

³⁴⁵ 裁判所は、「北京亜美は、平成 8 年 11 月 29 日、我が国において「迷奇」の商標登録をし、本件商標権を専有するに至ったから、本件警告及び広告掲載のうち、同日より後に行われたもの（中略）に関しては、被控訴人が、本件独占販売契約に基づき、本件商標権の侵害行為に対する対抗策として、北京亜美の本件商標権による差止請求権を代位行使したものであるといえる」とした。

³⁴⁶ 裁判所は、「著作権者から著作物の独占的使用許諾を得ている使用権者については、著作権者に代位して当該著作物の著作権に基づく侵害差止請求権を行使することができるという見解が存在する。これは、特許権における独占的通常実施権者が特許権者に代位して特許権に基づく侵害差止請求権を行使することができるという見解にならって提唱されているものと解されるが、著作物の独占的使用許諾を得ている使用権者であれば、特許権における独占的通常実施権者と同様に、当該著作物の模倣品の販売等の侵害行為により直接自己の営業上の利益を害されることから、独占的使用権に基づく自らの利益を守るために、著作権者に代位して侵害者に対して著作権に基づく差止請求権を行使することを認める余地がないとはいえない。しかしながら、本件においては、原告は、上記認定のとおり、オリジナル人形につき、著作権者から著作権の独占的な利用許諾を得ている者ではなく、単にライセンシーに対する許諾付与業務及びライセンシーからのロイヤリティの徴収業務を委任されているというだけであり、オリジナル人形の著作権を侵害する模倣品等が販売されたとしても、それにより直接自己の営業上の利益を害される関係にあるものではない。したがって、原告が、A に代位してオリジナル人形の著作権に基づく差止請求権を行使することは、認められないというべきである。」とした。

³⁴⁷ 長野地裁諏訪支部平成 8 年 8 月 20 日（裁判所ウェブサイト）は、結論として、債権者代位を否定しているが、「本件

ところで、近時、著作権の独占的ライセンシーにおいて債権者代位が認められる場合について、具体的に判断をした裁判例（東京地裁平成 28 年 9 月 28 日判決 裁判所ウェブサイト）が存在するので、紹介する。

当該事案において、裁判所は、「原告会社は、原告会社が本件各著作物の著作権者に送付した本件契約書案（中略）には、「第三者が著作物の権利を侵害した場合には、これに対処します。」との条項があつて、同条項は、原告会社が、著作権者に対して、第三者が著作物の利用をした場合にはその排除を求めることができる旨の債権を有していることを前提とするものといえるから、原告会社は、著作権者に代位して、著作権の侵害行為の差止め及び廃棄を求めることができると主張する。確かに、本件契約書案には、原告会社が主張するとおり、「第三者が著作物の権利を侵害した場合には、これに対処します。」との記載があるが、著作権者が原告会社に対して差止請求権及び廃棄請求権を行使すべき義務を負担する旨の条項はなく、本件著作物 5 ないし同 28 の 2（中略）の各著作権者が、原告に対して、第三者が侵害行為を行った場合に、当該著作権者において差止請求権や廃棄請求権を行使すべき義務を負担しているものとは認められない。他に、原告会社が、上記各著作権者に対して何らかの債権を有していることを認めるに足りる証拠はない。そうすると、債権者代位権（民法 423 条）の法意を用いて、各著作権者が有する差止請求権及び廃棄請求権を原告会社が代位行使することができるものと認めることは困難である。なお、前記のとおり、本件契約書案には、「第三者が著作物の権利を侵害した場合には、これに対処します。」との記載があり、著作権者が、著作権に基づく差止請求権及び廃棄請求権を原告会社に行使させることを容認する趣旨を読み取る余地もあるが、仮にそのような合意の成立が認められるとしても、非弁護士の法律事務の取扱い等を禁止する弁護士法 72 条や、訴訟信託を禁止する信託法 10 条、著作権等管理事業者に種々の義務を負わせた著作権等管理事業法等の趣旨からして、かかる合意に基づく請求を認めることはできないというべきである。」として、債権者代位を否定した。

明示的に限定しているわけではないが、本判決が、その判断に際して、侵害排除義務の存否に注目していることからすると、上記①説（又は①'説）的な考え方を採用したものと考えられるであろう。

（I）債権法改正における債権者代位権についての議論の状況

a 債権者代位権廃止論と転用型の意義についての議論

債権法改正の議論の初期においては、（本来の制度趣旨との関係で、）債権者代位権を行使することで、他の債権者に先駆けて、代位者が事実上の優先弁済を受けうるという現在の債権者代位制度に対して、学者から強い批判があり、一時は廃止論も唱えられていた。しかし、実務家等から転用型の場面を含め、債権者代位権が果たす実務上の役割の重要性の指摘がなされたことなどもあつて、「本来型の債権者代位権」と、「転用型の代位権」とに分けて、適正な制度の在り方を探っていく方針が示された。

そして、転用型については、

「転用を認めることに対しては、債権者代位権の制度趣旨を逸脱するものであり、無資力でない債務者の財産管理に対する不当な干渉になるとの批判や、それぞれの固有領域で規律すべき法律構成の迂回路を設けることになるとの批判があり得るところであるが、上記判例の結論自体は広く支持されており、判例法理として定着していると考えられる。そこで、債権者代位権の規定を見直すに当たっては、本来型の債権者代位権制度の見直しの帰すうにかかわらず、転用型の債権者代位権制度について明文の規定を設けることが考えられる。」とされた（「民法（債権関係）部会資料 35 「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（7）」2 頁）。

独占的ライセンシーによる差止請求権の代位行使は、まさしく、上記にいう転用型の場面であり、債権法改正によって、この転用型について明文の規定が設けられるのであれば、そこで定められる要件を満たすことで、独占的ライセンシー（独占的販売権者）による差止請求権の代位行使が可能

の場合、債権者の主張する出版許諾契約上の権利は、一般の債権と同様排他性を有するものではなく、かりに、第三者が史談会の有する著作権を侵害するような行為に及んだとしても、債務者たる史談会が債権者に対して債務不履行責任を負うものではない（第三者が著作権侵害行為に及んだ際に、史談会が、当該第三者に対し差止請求等を行う作為義務を債権者に対して負っているとの主張、疎明はない。）。（中略）そうすると、債権者の主張するとおり、本件図書につき史談会が著作権を有するとしても、著作権者たる史談会が自らその権利を行使する必要があり、債権者による代位行使は許されない。」と述べていた。

であることが明らかになったはずだった。

b 中間試案における議論

転用型の債権者代位の要件について、中間試案は、「責任財産の保全を目的としない債権者代位権」という表題の下、本文(2)として、

「債権者は、債務者に属する権利が行使されないことによって、自己の債務者に対する権利の実現が妨げられている場合において、その権利を実現するために他に適当な方法がないときは、その権利の性質に応じて相当と認められる限りにおいて、債務者に属する権利を行使することができるものとする。」という試案を示し、さらに、「(注2) 上記(2)については、その要件を「債権者代位権の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利が保全される場合」とする」という考え方があり、また、規定を設けない(解釈に委ねる)という考え方がある。」という注記を付した³⁴⁸。

上記によると、中間試案の段階では、

- ① (i) 必要性(債務者に属する権利が行使されないことによって自己の債務者に対する権利の実現が妨げられていること)、(ii) 補充性(その権利を実現するために他に適当な方法がないこと)及び(iii) 相当性(その権利の性質に応じて相当と認められること)を転用の要件とするアプローチ
 - ② 「債権者代位権の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利が保全される場合」を要件するアプローチ
 - ③ 「保全される権利と代位行使される権利との間に関連性があるとき」を要件するアプローチ
 - ④ 「債務者に属する当該権利を行使することを当該債権者が債務者に対して求めることができる場合において、債務者が当該権利を行使しないことによって、債権者の当該債権の実現が妨げられているとき」を要件するアプローチ
 - ⑤ 転用に関する規定を設けず、解釈に委ねるアプローチ
- など、未だ様々な議論が存在していたといえる。

c 債権法改正後の状況

様々な議論を経て、議論された転用型³⁴⁹の種類のうち、登記又は登録が対抗要件となっている財

³⁴⁸ 上記のような試案に対しては、さらに、「本文(2)は、転用型の債権者代位権の一般的な要件を定めるものである。

①債務者に属する権利が行使されないことによって自己の債務者に対する権利の実現が妨げられていること(必要性)、②その権利を実現するために他に適当な方法がないこと(補充性)、③その権利の性質に応じて相当と認められること(相当性)を要件とするものである。もっとも、転用型の債権者代位権の要件に関しては、「その権利の行使により債務者が利益を享受し、その利益によって債権者の権利が保全される」という関係が存在することを要する」と説示した判例(最判昭和38年4月23日民集17巻3号536頁)があり、この考え方を(注2)で取り上げている。この判例に対しては、具体的な事案に即した判断であって必ずしも汎用性のある要件を定立したものではないとの指摘や、捉え方次第で広くもなり狭くもなり得る不明確な要件であるとの指摘がされている。他方、そもそも転用型の債権者代位権の行使が認められる範囲を適切に画する要件を設けることは困難であるから、個別の事案に応じた解釈に委ねるのが相当であるとして、本文(2)のような一般的な規定を設けずに引き続き解釈に委ねるべきであるという考え方があり、これも(注2)で取り上げている。」という解説がなされた。

さらに、上記の解説を補充する目的で、「いわゆる転用型の債権者代位権の一般的な根拠規定を設けるに当たっては、将来新たに生ずる事例を含む様々な事例に通ずる一般的な要件を設ける必要があるとの指摘がある。他方で、転用型の債権者代位権を広く認めることは、無資力でない債務者の財産管理に対する不当な干渉を増加させたり、それぞれの固有領域で規律すべき法律構成の潜脱を容認したりするおそれがあるため、その代位行使を必要な範囲に限定するための要件とすべきであるとの指摘もある(なお、このように一般的な根拠規定を設けると、いわゆる「転用型の債権者代位権」ではなくなる。)。本文(2)では、これらの指摘を踏まえ、比較的明瞭で、かつ、限定機能を果たすことのできる要件を設けることを目指しているが、本文(2)の考え方及び(注2)の考え方のほかにも、転用型の債権者代位権の要件については、「保全される権利と代位行使される権利との間に関連性があるとき」とする考え方がある。この考え方に対しては、要件としての限定機能が低いため、転用型の債権者代位権を不必要に広く認める結果となりかねないとの指摘がされている。また、転用型の債権者代位権の要件について、「債務者に属する当該権利を行使することを当該債権者が債務者に対して求めることができる場合において、債務者が当該権利を行使しないことによって、債権者の当該債権の実現が妨げられているとき」とする考え方もある。この考え方に対しては、「債務者に属する当該権利を行使することを当該債権者が債務者に対して求めることができる場合」の意味が必ずしも明瞭であるとは言えないとの指摘がされている。」という補足説明がなされた。

³⁴⁹ 学説の中には、改正後の民法において423条の7が設けられたことについて「その背後には、責任財産保全目的での債権者代位権と並んで、個別の権利の実現を準備するために用いられる債権者代位権がある」との理解がある。その意味

産を譲り受けた者による登記・登録手続請求権の代位行使のみが改正後の民法に規定されることになった。

そして、上記の転用型の類型について規定する新 423 条の 7 については、「いわゆる転用型もまた 423 条の一般規定から導かれるものであるという現行法の規律を前提としつつ、その最も代表的な場合について、具体的な規定を置いたものです。したがって、登記請求権の場面について明文化されたのは、他の転用型の類型を否定するものではありません。一般規定による展開・新たな例の生成の余地が、含意されています。その他の（一般責任財産保全以外の）類型については、一般規定の解釈によります。」であるとか³⁵⁰、または、（債権法改正の）「中間試案では、個別権利実現準備型（転用型）の債権者代位権に関する一般的規定（中略）を設けることが提示されていた。しかし、その要件につき、適用範囲が不明確とならないように規定の文言を書き記すことが困難であることに加え、要件とされるべきもの（とりわけ補充性の要件）について一致をみることができなかったため、このような一般規定を設けることは断念された（部会資料 73A:36 頁）。しかし、だからといって、本条は、その余の場面における個別権利実現準備型（転用型）の債権者代位権を否定するものではない。改正前民法下で債権者代位権の転用として扱われてきた問題は、本条のもとでも同様に存続する。個別類型での展開は、学説・実務にゆだねられている」³⁵¹と解説されている。

したがって、知的財産権の独占ライセンシーの債権者代位権の転用の可否は、改正民法の施行後も、引き続き、民法の債権者代位権に関する規定の解釈に委ねられることになる。

< 参考： 改正施行後の民法の債権者代位制度の規定 >

（債権者代位権の要件）

第 423 条 債権者は、自己の債権を保全するため必要があるときは、債務者に属する権利（以下「被代位権利」という。）を行使することができる。ただし、債務者の一身に専属する権利及び差押えを禁じられた権利は、この限りでない。

2 債権者は、その債権の期限が到来しない間は、被代位権利を行使することができない。ただし、保存行為は、この限りでない。

3 債権者は、その債権が強制執行により実現することのできないものであるときは、被代位権利を行使することができない。

（代位行使の範囲）

第 423 条の 2 債権者は、被代位権利を行使する場合において、被代位権利の目的が可分であるときは、自己の債権の額の限度においてのみ、被代位権利を行使することができる。

（債権者への支払又は引渡し）

第 423 条の 3 債権者は、被代位権利を行使する場合において、被代位権利が金銭の支払又は動産の引渡しを目的とするものであるときは、相手方に対し、その支払又は引渡しを自己に対してすることを求めることができる。この場合において、相手方が債権者に対してその支払又は引渡しをしたときは、被代位権利は、これによって消滅する。

（相手方の抗弁）

第 423 条の 4 債権者が被代位権利を行使したときは、相手方は、債務者に対して主張することができる抗弁をもって、債権者に対抗することができる。

（債務者の取立てその他の処分の権限等）

第 423 条の 5 債権者が被代位権利を行使した場合であっても、債務者は、被代位権利について、自ら取立てその他の処分をすることを妨げられない。この場合においては、相手方も、被代位権利について、債務者に対して履行をすることを妨げられない。

（被代位権利の行使に係る訴えを提起した場合の訴訟告知）

第 423 条の 6 債権者は、被代位権利の行使に係る訴えを提起したときは、遅滞なく、債務者に対し、訴訟告知をしなければならない。

（登記又は登録の請求権を保全するための債権者代位権）

第 423 条の 7 登記又は登録をしなければ権利の得喪及び変更を第三者に対抗することができない財産を譲り受けた者は、その譲渡人が第三者に対して有する登記手続又は登録手続をすべきことを請求する権利を行使しないときは、その権利を行使することができる。この場合においては、前三条の規定を準用する。

では、いまや、責任財産保全目的での債権者代位権の「転用」というよりも、個別権利実現準備目的の債権者代位権というほうが適切である。」と評価するものがある（潮見佳男・今井貴『新債権総論 I』（信山社出版、2017 年）706 頁）。もっとも、改正法成立後に出版された解説書において、法務省民事局の立法担当者は、「判例や一般的な解釈を踏まえ、債務者の責任財産の保全を目的としない「**転用型**」の債権者代位権」に関する規定として、登記・登録請求権を保全するための債権者代位権についての規定を新設している」（注：強調は筆者）と説明しており（筒井健夫・村松秀樹著「一問一答 民法（債権関係）改正」90 頁）、実務的にはなおも「転用型」という呼び方が一般的である。

³⁵⁰ 中田裕康・大村敦志・道垣内弘人・沖野眞巳「講義・債権法改正」（商事法務、2017 年）115-116 頁

³⁵¹ 潮見佳男「民法（債権関係）の改正法の概要」（きんざい 2017 年）83 頁

(オ) 著作権法における独占的ライセンシーの差止請求権について債権者代位権の転用による対応の問題点と限界

a 債権者代位権の転用における要件の不明確性について

債権法改正を通じた議論を踏まえても、民法における債権者代位権の転用型の一般的な要件が明らかになっておらず、今後も、いかなる場合に保護を受けられるかが不明確な状況が続くことは、著作権法における独占的ライセンシーの差止請求権について債権者代位権の転用による対応について重大な問題である（前記のとおり、債権法改正後も転用型については、一般的な規定が置かれなかったことから状況は変わらない。）。

b 侵害排除義務必要説が採用された場合には保護が不十分であることについて

また、近時の裁判例が採用した前記の侵害排除義務必要説的な立場を今後も裁判所が採用するとすれば、差止請求権の債権者代位による行使をできるようにするために、実務は、ライセンサーの侵害排除義務をライセンス契約に盛り込むというプラクティスを一般的なものにしていかなければならないことになろう。ところで、このようなプラクティスが実務的に容易であるかといえば、ライセンサーとライセンシーとの力関係は一般に前者の方が強く、費用と手間が生じうる侵害排除義務を負うことをライセンサーが望まない場面も少なくないと考えられること、とりわけ、海外の企業や個人がライセンサーである場合に侵害排除義務を明示的にライセンス契約に盛り込むことが実務的には難しい場合があると考えられる。

したがって、様々な解釈論のうち、近時の裁判例が採用した前記の侵害排除義務必要説を前提にすると、自らの利益のために、排他的利用を許諾された市場における侵害排除を行いたい独占的ライセンシーについて、これを行う手段を付与できない場合が生じることになり、その保護として不十分となるという点も問題であろう。

(2) 検討結果

現行著作権法上、独占的な利用に対する期待を有するライセンシーであっても、差止請求権は与えられていないため、第三者が無断で当該著作物等を利用している場合に、その利用（著作権等侵害）を排除することはできない。

そのため、独占的ライセンシーは著作権者等に差止請求権を行使するよう要請をすることになる。ところ、アンケート・ヒアリング調査からは、数えきれない程に存在する著作権侵害に対し著作権者等に逐一協力を請うことは困難であることや、著作権者等であることの証明の際に著作権者等の実名や住所等の個人情報伝えなければならない場合があり著作権者等・独占的ライセンシーの双方がそれを避けたいと考えていることや、訴えを提起することに対するレピュテーションリスクをおそれて侵害排除への協力を忌避する著作権者等も存在すること等から、十分に実効的な海賊版対策に取り組めない状況にある。

また、ヒアリング調査からは、税関水際対策において、現行関税法上では差止請求権を有する者として著作権者等本人のみ差止申立てが可能となっているものの、著作権者等本人の住所や氏名が開示されることへの抵抗感や差止申立てに係る手続きコストを著作権者等に負担させることを避ける等の理由から、不本意にも差止申立ての断念に繋がりがねない状況になっていることが示された。

このような状況から、現在は、独占的ライセンシーが自ら警告状を送付する等の方法で侵害を行う第三者に対して利用を停止するよう求めるという対応策が採られる場合もある。その結果として第三者による侵害を排除することができた例も存在するが、著作権者等の委任状や著作権者であることの証明書類等の提出を求められる場合も多々存在し、必ずしも十分な効果を挙げられていないことが報告された。また、独占的ライセンスに代わり著作権等の一部譲渡を受けることで差止請求権の主体になることも対策として考えられるが、一部譲渡についての著作権者等の抵抗感があり譲渡を受けられない場合があること、一部譲渡による権利の細分化がどこまで認められるかについては明確ではなく、当事者の意思に反して一部譲渡ではなく利用許諾と判断されるおそれが否定できないことから、一部譲渡を受けることによって十分に対策が可能であるとは考えにくい。現行法の下でも債権者代位権の転用により独占的ライセンシーが代位して差止請求権を行使するという方法が考えられるところであるが、これについては債権者代位権の行使に当たってライセンサーが侵害排除義務を負っていることを求める裁判例が存在し、実態としてライセンサーが侵害排除義務を負う場合は多くないことが確認されたとともに、そのような義務を負うことに抵抗感を有する著作権者等が存在するため、債権者代位権の行使による対応が十分可能な状態とは言い難い状況にある。

以上のように、著作権者等の協力を得るのが難しい場合が存在すること、独占的ライセンシーによる警告状の送付等による対応で十分に対策が可能とは考えにくいこと、債権者代位権の行使による対応が十分可能な状態とは言い難い状況にあること等を踏まえると、著作権者の協力を得て又は独占的ライセンシー自らによって独占状態を実現することについては課題があると認められる。したがって、独占的ライセンシーが期待する独占状態を実現するためには、独占的ライセンシーの権利の性質や著作権者に与える影響も考慮しつつ、独占的ライセンシーへの差止請求権を付与する制度の導入について検討がされるべきであると考えられる。

3 独占的ライセンサーへの差止請求権付与を検討するに当たっての論点について

(1) 調査内容

ア 独占的ライセンスに基づく差止請求権と民法

(ア) はじめに

アでは、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権をめぐる民法上の議論を手掛かりとして、独占的ライセンスに基づく差止請求権を認めることができるかどうか、そして、認めることができるとしたら、その要件をどのように定めるべきかについて、検討をおこなうこととする。

そのために、まず、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権をめぐる民法上の議論を分析する((イ))。次いで、そこでの成果をもとに、独占的ライセンスに基づく差止請求権について、考察を加える((ウ))。その上で、「民法の一部を改正する法律(平成29年法律第44号)」(以下、この法律により改正された民法のことを、「改正民法」とする)により、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権について新たに設けられた規定を確認するとともに、この規定の新設が独占的ライセンスに基づく差止請求権をめぐる議論に対して与える影響を明らかにする((エ))。最後に、独占的ライセンスに基づく差止請求権と、いわゆる債権者代位権の転用との関係を取り上げる((オ))。

(イ) 不動産賃借権に基づく妨害排除請求権の正当化とその要件

a 判例と学説の状況

不動産賃借権に基づく妨害排除請求権について、現在通用している判例の準則は、次のようにまとめられている³⁵²。

まず、①対抗力を備えた土地賃借人は、その目的物である土地について二重に賃借権を取得した者に対し、賃借権に基づいて妨害排除を請求することができる(最判昭和28年12月18日民集7巻12号1515頁、最判昭和45年11月24日判時614号49頁等)。また、②対抗力を備えた土地賃借人は、その目的物である土地の不法占拠者に対し、賃借権に基づいて妨害排除を請求することができる(最判昭和30年4月5日民集9巻4号431頁)。他方で、③対抗力を備えていない土地賃借人は、その目的物である土地の不法占拠者に対しても、賃借権に基づいて妨害排除を請求することができない(最判昭和29年7月20日民集8巻7号1408頁)。そして、④これらの準則は、建物賃借権についても適用されると考えられる。

これに対し、学説においては、さまざまな見解が主張されている³⁵³。一方で、判例を支持し、不動産賃借人は、その対抗力を備えなければ、賃借権に基づいて妨害排除を請求することができないとするものがある。他方で、判例に反対し、不動産賃借人は、不法占拠者に対しては、その対抗力を備えていなくても、賃借権に基づいて妨害排除を請求することができるとするものがある。そのなかでも、目的物の占有を取得したことを求めるかどうか、不動産賃借権一般について妨害排除請求権を認めるかどうかによって、立場が分かれている。

b 正当化の方法

不動産賃借人が、どのような場合に賃借権に基づいて妨害排除を請求することができるのかは、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権を、どのような理由により正当化するのかにかからしめられる。そこで、以下では、正当化の方法を検討することにしよう。

(a) 対抗力による正当化

まず、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権を、不動産賃借権の対抗力によって正当化する方法

³⁵² 平井宜雄『債権総論(法律学講座双書)[第2版]』(弘文堂、1994年)123-124頁。判例の準則については、淡路剛久『債権総論(法学教室ライブラリィ)』(有斐閣、2002年)230頁も参照。総合判例研究として、赤松秀岳『賃借権の侵害(叢書民法総合判例研究)』(一粒社、2000年)。

³⁵³ 議論状況については、好美清光「債権に基づく妨害排除についての考察」一橋大学研究年報法学研究2(1959年)165頁、同「賃借権に基づく妨害排除請求権」松坂佐一・西村信雄・舟橋諄一・柚木馨・石本雅男先生還暦記念『契約法大系Ⅲ賃貸借・消費貸借』(有斐閣、1961年)166頁、赤松秀岳「債権に基づく妨害排除の問題は、なお論ずべき点を残していないか」椿寿夫教授還暦記念『講座・現代契約と現代債権の展望 第1巻』(日本評論社、1990年)25頁を参照。

が考えられる。これによれば、不動産賃借権が対抗力を備えているときは、賃借権に基づく妨害排除請求権が認められることとなる。

対抗力による正当化の方法には、いくつかのバリエーションがみられる³⁵⁴。ここでは、不動産賃借権について対抗力を与える以上、その基礎にある評価を貫徹するためには、その賃借権について妨害排除請求権をも与えなければならない、という論証を取り上げることにしよう³⁵⁵。

対抗力を備えた不動産賃借人は、①その目的物である不動産を譲り受けた者に、その賃借権を対抗することができる（民法第 605 条、借地借家法第 10 条・第 31 条、農地法第 16 条）。これは、「売買は賃貸借を破る」の例外を定めたものである。この場合において、所有権は、賃借権の負担を受けることとなる。具体的には、不動産の譲受人は、対抗力を備えた不動産賃借人に対し、所有権に基づいて、その目的物である不動産の明渡しを求めることができない。また、対抗力を備えた不動産賃借人は、②その目的物である不動産について二重に賃借権を取得した者に、その賃借権を対抗することができる（改正民法第 605 条³⁵⁶を参照）。ここでは、不動産賃借権の対抗力は、二重に取得された不動産賃借権の優劣を決定するために作用する。

①と②のルール的基础には、対抗力を備えた不動産賃借人は、自分に劣後する不動産の譲受人（①）や二重賃借人（②）から、その目的物である不動産を利用することを禁じられるべきではない、という評価をみてとることができる。このことは、有体物である不動産の性質上、同時に、対抗力を備えた不動産賃借人は、自分に劣後する不動産の譲受人（①）や二重賃借人（②）に対し、それらの他人がその目的物である不動産を利用することを禁じることができる、という評価を含むこととなる。

後者の評価を貫徹するためには、対抗力を備えた不動産賃借人は、自分に劣後する不動産の譲受人（①）や二重賃借人（②）がその目的物である不動産を利用しているときは、それらの者に対し、妨害排除を請求することができるとしなければならない。概念上、「対抗力とは相手に権利取得を認めさせる効力であり、対抗力なき相手の妨害を排除する効力までも含むものではない」³⁵⁷としても、対抗力を備えた不動産賃借人は、その目的物である不動産の譲受人（①）や二重賃借人（②）に対し、自分の権利を主張することができるという一方で、それらの者がその目的物である不動産

³⁵⁴ 以下本文で取り上げる論証のほかには、次のものが主張されている。

①対抗力を備えた不動産賃借権は、「排他性」を有することを理由とする見解（我妻榮『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』〔岩波書店、1964 年〕84 頁）

②対抗力を備えた不動産賃借権は、「物権化」しているととらえる見解（前田達明『口述債権総論（口述法律学シリーズ）〔第 3 版〕』〔成文堂、1993 年〕290 頁）

③対抗力が付与される不動産賃借権は、権限のある賃貸人（所有者等）との間で締結された賃貸借契約に基づくものであることを強調する見解（好美・前掲注(353)賃借権 185 頁）

判例において、「土地の賃借権をもってその土地につき権利を取得した第三者に対抗できる場合にはその賃借権はいわゆる物権的効力を有」するとされている（前掲最判昭和 28 年 12 月 18 日）のは、②と同趣旨であると考えられる。

しかし、対抗力による正当化の方法のなかでは、本文で取り上げる論証が最も説得的であるように思われる。これに対し、①ないし③には、次のような問題がある。

まず、①では、対抗力→排他性→妨害排除請求権という論理が示されている。けれども、対抗力と排他性の関係、および、排他性と妨害排除請求権の関係について、そのとらえ方が曖昧ないし不正確である（好美・前掲注(353)賃借権 184 頁などを参照）。次に、②は、妨害排除請求権が認められるほどに、不動産賃借権が「物権化」していることを論証しなければならないはずである。違った言い方をすれば、不動産賃借権の「物権化」は、結論であって、理由づけにはならないように思われる（好美・前掲注(353)賃借権 184 頁などを参照）。他方、③は、無権限者との間で締結された賃貸借契約（他人物賃貸借契約等）に基づく不動産賃借権には、妨害排除請求権は認められないという限りでは、正当であると考えられる（このことについて、星野英一『借地・借家法（法律学全集 26）』〔有斐閣、1969 年〕440 頁を参照）。しかし、それ以上に、権限者との間で締結された賃貸借契約であることを強調するのは、適切でない（中田裕康『債権総論〔第 3 版〕』〔岩波書店、2013 年〕291 頁）。この視点を貫けば、権限者との間で締結された契約に基づく債権的利用権一般について、——対抗力があるかどうかにかかわらず——妨害排除請求権が認められることとなるはずである。

³⁵⁵ この論証については、表現は異なるものの、鈴木禄弥『借地法 下巻（現代法律学全集 14）〔改訂版〕』（青林書院、1980 年）659 頁、同『債権法講義〔4 訂版〕』（創文社、2001 年）615 頁。そのほか、加藤雅信『新民法大系Ⅲ債権総論』（有斐閣、2005 年）227 頁、内田貴『民法Ⅱ債権各論〔第 3 版〕』（東京大学出版会、2011 年）237 頁も参照。

³⁵⁶ 改正前民法第 605 条では、登記をした不動産賃借権は、その不動産について「物権を取得した者」に対し、その効力を生ずるとされていた。これに対し、改正民法第 605 条によれば、登記をした不動産賃借権は、その不動産について「物権を取得した者その他の第三者」に対抗することができるとしている。この文言の変更は、①のケースだけでなく、②のケースなどについても、同条が適用されることを明らかにする趣旨である。筒井健夫＝村松秀樹『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018 年）313 頁。

³⁵⁷ このことを理由として、対抗力による正当化の試みを批判するのは、水本浩『債権総論』（有斐閣、1989 年）32 頁。

を利用しているときに、妨害排除を請求することはできないとするのであれば、その評価において一貫しないこととなるからである。

このように、対抗力を備えた不動産賃借人は、自分に劣後する不動産の譲受人（①）や二重賃借人（②）に対しても、妨害排除を請求することができる。そうである以上、不法占拠者に対しては、当然に妨害排除を請求することができると考えられる。

(b) 対抗制度による正当化

(a)は、対抗力を備えた不動産賃借人について、妨害排除請求権を正当化するものである。では、不動産賃借人が対抗力を備えていないときは、つねに妨害排除を請求することができないのか。

不動産賃借権の対抗制度は、不動産賃借権について対抗力を備えたときは、その目的物である不動産について「物権を取得した者その他の第三者」（改正民法第 605 条）に、その賃借権を対抗することができるとするものである。同条の「第三者」とは、物権取得者や二重賃借人といった「対抗関係にある第三者」³⁵⁸を意味するとされている。ここでいう「対抗関係にある第三者」を、不動産物権変動の対抗（民法第 177 条）における「第三者」と同一の意味であるにとらえると、対抗力の不存在を主張するについて正当な利益を有しない者は、「第三者」から除かれることとなる。不法占拠者は、不動産の譲受人や二重賃借人とは異なり、そのような正当な利益を有しないため、「第三者」にあたらぬ。したがって、不動産賃借人は、対抗力を備えていなくても、その賃借権を不法占拠者に対抗することができる。

そして、(a)で検討したように、対抗力の付与の基礎にある評価を貫徹するならば、不動産賃借人は、その賃借権の対抗を受ける者がその目的物である不動産を利用しているときは、その者に対し、妨害排除を請求することができるとしなければならない。このように考えると、不動産賃借人は、対抗力を備えていなくても、不法占拠者に対しては、妨害排除を請求することができることとなる。

この考え方は、対抗力による正当化の発想をさらに推し進めるものである。不動産賃借人は、その賃借権の対抗を受ける者に対し、妨害排除を請求することができる。対抗力を備えることを要するかどうかは、妨害排除請求権の相手方が、対抗力の不存在を主張するについて正当な利益を有する者、この意味において「第三者」にあたるかどうかにかからしめられる。そうだとすると、この考え方は、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権を、対抗制度によって正当化するものであると特徴づけることができよう³⁵⁹。

(c) 占有の取得による正当化

さらに、不動産賃借人が対抗力を備えていない場合であっても、その目的物である不動産の占有を取得していたときは、その不動産を違法に侵害する者に対し、妨害排除を請求することができるべきであるという見解が主張されている³⁶⁰。

この見解は、占有の取得により、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権が正当化される理由として、次の点を挙げている。すなわち、不動産賃借人が占有を取得したときは、目的物である不動産との間に緊密な事実上の関係が生じ、第三者もそのことを認識することができるようになることである。

(d) 不動産賃借権の特殊性による正当化

最後に、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権を、不動産賃借権の特殊性により正当化する試みを取り上げよう。この特殊性をどのようにとらえるのかについては、大きく分けて、次の 2 つの見解が示されている。

1 つは、不動産賃借権が担っている「社会的作用の重要さ」³⁶¹に着目するものである。すなわち、

³⁵⁸ 筒井＝村松・前掲注(356)313 頁。

³⁵⁹ 本文で取り上げた論証と同一ではないものの、参考になるものとして、好美清光「不動産賃借権の侵害」中川善之助＝兼子一編『不動産法大系Ⅲ借地・借家〔改訂版〕』（青林書院新社、1975 年）608 頁、同「賃借権に基づく妨害排除」法セ 320 号（1981 年）32 頁（以上において、前掲注(353)に掲げた文献における好美の立場が補完されている）、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992 年）245-246 頁、広中俊雄『債権各論講義〔第 6 版〕』（有斐閣、1994 年）161-162 頁、潮見佳男『新債権総論Ⅰ（法律学の森）』（信山社、2017 年）716 頁（これと関連して、同『債権総論（プラクティス民法）〔第 4 版〕』（信山社、2012 年）548 頁も参照）。

³⁶⁰ 我妻・前掲注(354)85 頁。

³⁶¹ 平井・前掲注(352)125 頁。同様の方向にあるものとして、星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』（良書普及会、1978

不動産賃借権は、人が生活をしたり、事業をしたりするための基盤であり、それが保護されなければ、人は安定した生活や事業を営むことができなくなる³⁶²。このような考慮から、不動産賃借権については、物権と同じように、妨害排除請求権が認められる。この見解によれば、妨害排除請求権は、不動産賃借権一般について認められるべきであることとなる。

動産賃借権も、事情によっては、人が生活をしたり、事業をしたりするための基盤となることがありうる。しかし、一般的な考え方によれば、動産賃借権に基づく妨害排除請求権は認められていない³⁶³。このことは、妨害排除請求権を正当化するためには、不動産賃借権のように、定型的にみて、人の生活や事業のための基盤となるものであることが求められることを示している。言い換えると、そのような定型性を備えていなければ、妨害排除請求権は認められないこととなる。

もう1つは、不動産賃借権は、借地借家法や農地法といった特別法により、その継続性が強化されていることに着目するものである³⁶⁴。このようなかたちで継続性が強化されている不動産賃借権については、物権と同じように、妨害排除請求権が認められる。この見解によれば、妨害排除請求権が認められるのは、不動産賃借権一般ではなく、不動産賃借権の継続性を強化する特別法の適用を受ける不動産賃借権に限られることとなる。

以上のように、不動産賃借権の特殊性から妨害排除請求権を正当化する考え方によっても、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権は、不動産の譲受人や二重賃借人に対しては、対抗力を備えたときに限って認められる。他方で、不法占拠者に対しては、対抗力を備えていなくても、妨害排除請求権が認められる。この区別は、次のように説明されている。

不動産の譲受人の取得した所有権が不動産賃借権の負担を受けるかどうかや、不動産賃借権が二重に取得されたときにどちらが優先するのかは、対抗力によって定められる。これに対し、不動産賃借人が自分に劣後する不動産の譲受人や二重賃借人、不法占拠者に対して妨害排除を請求することができることは、不動産賃借権そのものによって正当化される。ここでは、(a)や(b)とは異なり、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権の正当化は、対抗力ないし対抗制度から切り離しておこなわれることとなる³⁶⁵。

(e) まとめ

(a)から(d)までの検討の成果をまとめておこう。

対抗力による正当化を用いるならば、対抗力を備えた不動産賃借権についてのみ、妨害排除請求権が認められる。このことは、不動産の譲受人や二重賃借人に対する妨害排除請求権だけでなく、不法占拠者に対する妨害排除請求権についても、同様である。つまり、不動産賃借人が不法占拠者に対して賃借権に基づいて妨害排除を請求するときにも、その対抗力を備えなければならない。

対抗制度による正当化を用いるならば、不動産賃借権が対抗力を備えたときは、不動産の譲受人や二重賃借人に対しても、妨害排除請求権が認められる。これに対し、不法占拠者に対しては、対抗力を備えていなくても、妨害排除請求権が認められる。

占有の取得による正当化は、(c)において取り上げた考え方によれば、対抗力による正当化と併用される。この考え方は、対抗力を備えた不動産賃借権について、妨害排除請求権を認める（対抗力による正当化）とともに、対抗力を備えていない不動産賃借権であっても、占有を取得したものについては、妨害排除請求権を認めるものである（占有の取得による正当化）。

不動産賃借権の特殊性による正当化のうち、不動産賃借権が担っている社会的作用の重要性に着目する見解によるならば、その結論は、対抗制度による正当化と同一になる。これに対し、不動産賃借権の継続性が特別法によって強化されていることに着目する見解によるならば、妨害排除請求権が認められるのは、そのような特別法の適用を受ける不動産賃借権に限られることとなる。

判例は、すでにみたように（前述(1)a）、対抗力による正当化を用いたときと、同一の結論をとつ

年）132頁、さらに、淡路・前掲注(352)232頁、中田・前掲注(354)291頁。そのほか、民法起草者の意思は、不動産賃借権について妨害排除請求権を否定するものではなかったととらえ、このことを不動産賃借権一般について妨害排除請求権を認めるための根拠に挙げるものとして、来栖三郎『契約法（法律学全集21）』（有斐閣、1974年）347頁。

³⁶² 山本敬三『民法講義 IV-1 契約』（有斐閣、2005年）539頁による分析を参照。

³⁶³ 平井・前掲注(352)122頁、淡路・前掲注(352)224頁。

³⁶⁴ 水本・前掲注(357)32-33頁、赤松・前掲注(353)45頁のほか、近江幸治『民法講義 IV 債権総論〔第3版補訂版〕』（成文堂、2009年）181頁。

³⁶⁵ 以上について、中田・前掲注(354)291頁。

ている。これに対し、現在の通説とみられるのは、不動産賃借権の特殊性による正当化を試みる見解である。

(ウ) 独占的ライセンスに基づく差止請求権の正当化とその要件

a 検討の方法

不動産賃借権に基づく妨害排除請求権については、対抗力により正当化する見解、対抗制度により正当化する見解、占有の取得により正当化する見解、不動産賃借権の特殊性により正当化する見解が主張されていた。(ウ)では、これらの見解において示された正当化の方法を応用することで、独占的ライセンスに基づく差止請求権を認めることができるかどうか、そして、認めることができるとしたら、その要件をどのように定めるべきかについて、検討をおこなう。

このような分析視角を設定することとの関係上、ここで取り上げる「独占的ライセンス」は、次の性質を有するものに限定される。第1に、独占的ライセンスに基づく利用権は、不動産賃借権と同じように、債権的な利用権として構成される。第2に、独占的ライセンスに基づく利用権は、その独占性を内容とする部分についても、対抗力を備えることができる³⁶⁶。つまり、ここで取り上げる「独占的ライセンス」は、独占性の対抗まで認められる新たな制度を設けることを前提としたものである³⁶⁷。

以下では、著作権者自身の利用も禁じられるものを「完全独占的ライセンス」と呼び、著作権者自身の利用は禁じられないものを「不完全独占的ライセンス」と呼ぶ。そして、たんに「独占的ライセンス」というときは、完全独占的ライセンスと不完全独占的ライセンスとの双方を念頭に置くこととする。

b 正当化の応用

(a) 対抗力による正当化の応用

無体物である著作物のライセンスについては、有体物である不動産の賃借権とは異なり、その対象の性質上、自分が利用することができることと、他人が利用することができないことが、表裏の関係にはない。そのため、対抗力による正当化を独占的ライセンスについて応用するときは、その論証の構造は、不動産賃借権におけるよりも、重層的なものとなる。

まず、対抗力を備えたライセンシーは、そのライセンスが独占的なものであるかどうかにかかわらず、①その目的である著作物に係る著作権を譲り受けた者に、そのライセンスを対抗することができる。具体的には、著作権の譲受人は、対抗力を備えたライセンシーに対し、著作権に基づいて差止請求をすることができない。また、対抗力を備えたライセンシーは、②その目的である著作物について独占的ライセンスを受けた者に、そのライセンスを対抗することができる。独占的ライセンシーに差止請求権が認められたとしても、この場合には、独占的ライセンシーは、対抗力を備えたライセンシーに対し、独占的ライセンスに基づいて差止請求をすることができない。①と②のルールの基礎には、対抗力を備えたライセンシーは、自分に劣後する著作権の譲受人(①)や独占的ライセンシー(②)から、自分がそのライセンスの目的である著作物を利用することを禁じられるべきではない、という評価が下されていると考えられる。

³⁶⁶ ここで前提とされている独占性の「対抗」という考え方の意義や位置づけについては、第2、3(1)ア(イ)b(c)i〔曾野委員〕、そして、独占性の対抗を認めるために、どのような要件を設けるべきかについては、第2、3(1)ア(イ)b(c)ii〔曾野委員〕を参照。さらに、特許法において、独占的ライセンスを保護するために、独占性の対抗を認める制度の導入が提案されていることについては、第2、3(1)エ(イ)f〔奥邨委員〕を参照。

³⁶⁷ これに対し、現行法のもとでは、一般に、著作物について独占的な利用許諾を受けた者であっても、固有の差止請求権は認められないと考えられている。田村善之『著作権法概説〔第2版〕』(有斐閣、2001年)485頁、渋谷達紀『著作権法』(中央経済社、2013年)489頁、中山信弘『著作権法〔第2版〕』(有斐閣、2014年)602頁、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール2〔第2版〕』(勁草書房、2015年)784頁〔諏訪野大〕、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門〔第2版〕』(有斐閣、2016年)240頁〔横山〕、さらに、作花文雄『詳解著作権法〔第5版〕』(ぎょうせい、2018年)435頁〔著作権者Aとの間で独占的な著作物利用許諾契約を締結したBが、その著作物を違法に利用する第三者Dに対し、権利主張をすることができるかどうかについて、少なくとも、Dが営業妨害等の明らかに不当な目的でその著作物を利用しているときは、BのDに対する損害賠償請求を認める余地がないわけではないとしつつ、BのDに対する差止請求を認めることは、「より困難と思われる」としている〕を参照。否定を前提とするとみられるものとして、加戸守行『著作権法逐条講義〔6訂新版〕』(著作権情報センター、2013年)449頁。なお、特許法における状況について、後述ウ(e)〔奥邨委員〕を参照。

次に、独占的ライセンスについて、その独占性についても対抗力を備えることができるとするときは、①②のほかに、次のルールが付け加わることとなる。対抗力を備えた完全独占的ライセンシーは、①その目的である著作物に係る著作権を譲り受けた者に、その完全独占性を対抗することができる。また、対抗力を備えた独占的ライセンシーは、②その目的である著作物について独占的ライセンスを受けた者に、その独占性を対抗することができる。ここでいう（完全）独占性の「対抗」とは、民法理論によれば、譲受人の取得した著作権が完全独占的ライセンスに基づく利用権の負担を受けるかどうか（①）や、独占的ライセンスに基づく利用権が二重に取得されたときにどちらが優先するのか（②）を定めるための概念である。つまり、「対抗力とは相手に権利取得を認めさせる効力であり、対抗力なき相手の妨害を排除する効力までも含むものではない」とされる（前述(イ)b(a)の注(357)に対応する本文を参照）。

そうであるとしても、①と②のルールの基礎には、対抗力を備えた独占的ライセンシーは、自分に劣後する著作権の譲受人（①）や二重独占的ライセンシー（②）に対し、それらの他人がその目的である著作物を利用することを禁じることができる、という評価が下されていると考えられる。そうでなければ、独占性の対抗を認める意味がないからである。そして、この評価を貫徹するためには、対抗力を備えた独占的ライセンシーは、自分に劣後する著作権の譲受人（①）や二重独占的ライセンシー（②）がその目的である著作物を利用しているときは、それらの者に対し、差止請求をすることができるとしなければならない。

このように、独占的ライセンシーは、自分に劣後する著作権の譲受人（①）や二重独占的ライセンシー（②）に対しても、差止請求をすることができると考えられる。そうである以上、非独占的ライセンシーや不法利用者に対しては、当然に差止請求をすることができると考えられる。

(b) 対抗制度による正当化の応用

(a)は、対抗力を備えた独占的ライセンシーについて、差止請求権を正当化するものである。これに対し、対抗制度による正当化を独占的ライセンスについて応用するときは、対抗力を備えていない独占的ライセンシーについても、差止請求権を認める途が開かれる。その論理は、次のようなものである。

独占的ライセンスにおける独占性の対抗制度は、独占的ライセンスについて対抗力を備えたときは、その独占性を「第三者」に対抗することができるとするものである。ここでいう「第三者」を、著作権の譲渡の対抗（著作権法第77条第1号）における「第三者」³⁶⁸と同一の意味であるにとらえると、対抗力の不存在を主張するについて正当な利益を有しない者は、「第三者」から除かれることとなる。著作権の譲受人と独占的ライセンシーは、「第三者」にあたる。非独占的ライセンシーも、「第三者」にあたると解するのが一般である³⁶⁹。これに対し、不法利用者は、「第三者」にあたらない。したがって、独占的ライセンシーは、対抗力を備えていなくても、その独占性を不法利用者に対抗することができる。

そして、(a)で検討したように、対抗力の付与の基礎にある評価を貫徹するならば、独占的ライセンシーは、その独占性の対抗を受ける者がその目的である著作物を利用しているときは、その者に対し、差止請求をすることができるとしなければならない。このように考えると、独占的ライセンシーは、対抗力を備えていなくても、不法利用者に対しては、差止請求をすることができるとなる。

以上を要するに、独占的ライセンシーは、その独占性の対抗を受ける者に対し、差止請求をすることができる。対抗力を備えることを要するかどうかは、差止請求の相手方が、対抗力の不存在を主張するについて正当な利益を有する者、この意味において「第三者」にあたるといえるかどうかにかからしめられる。

(c) 占有の取得による正当化の応用

不動産賃借権に基づく妨害排除請求権については、占有の取得により、これを正当化する見解があった（前述(イ)b(c)）。この見解によれば、不動産賃借人が対抗力を備えていない場合であっても、

³⁶⁸ 著作権法第77条の「第三者」の意義については、加戸・前掲注(367)503頁、渋谷・前掲注(367)474頁、半田＝松田編・前掲注(367)921頁〔吉羽真一郎〕、島並＝上野＝横山・前掲注(367)260頁〔横山〕を参照。

³⁶⁹ 田村・前掲注(367)509頁、加戸・前掲注(367)504頁、渋谷・前掲注(367)474頁、島並＝上野＝横山・前掲注(367)260頁〔横山〕。議論状況について、半田＝松田編・前掲注(367)922頁〔吉羽〕。

その目的物である不動産の占有を取得していたときは、その不動産を違法に侵害する者に対し、妨害排除を請求することができるとされる。この正当化の方法を独占的ライセンスについて応用すると、次のようになると考えられる。

占有の取得による正当化においては、不動産賃借人が占有を取得したときは、目的物である不動産との間に緊密な事実上の関係が生じ、第三者もそのことを認識することができるようになると説かれている。これは、有体物である不動産については、事実上、自分が利用していれば、他人の利用も当然に排除されることを前提としたものである。これに対し、無体物である著作物については、事実上、自分が利用していたとしても、他人の利用が当然に排除されるわけではない。したがって、占有の取得による正当化を応用するならば、独占的ライセンシーがその目的である著作物を、事実上、自分で利用しているだけでなく、他人の利用を排除していることまで求められる³⁷⁰。このような状態にあると評価されるときは、独占的ライセンシーは、対抗力を備えていなくても、その著作物を違法に侵害する者に対し、差止請求をすることができることとなる。

(d) 不動産賃借権の特殊性による正当化の応用

不動産賃借権に基づく妨害排除請求権を、不動産賃借権の特殊性により正当化する試みは、その特殊性のとらえ方によって、次の2つの考え方に分かれていた（前述(i)b(d)）。第1は、不動産賃借権が重要な社会的作用を担っていること、具体的には、不動産賃借権が、定型的にみて、人が生活をしたり、事業をしたりするための基盤となるものであることに着目するものであり、第2は、不動産賃借権は、借地借家法や農地法といった特別法によって、その継続性が強化されていることに着目するものである。では、独占的ライセンスについても、これらと同じような意味において、特殊性を語ることができるのか。

まず、独占的ライセンスは、不動産賃借権とは異なり、定型的にみて、人の生活や事業のための基盤となるものではない。そうである以上、第1の考え方を独占的ライセンスについて応用することはできない。たしかに、独占的ライセンスも、事情によっては、人の生活や事業のための基盤となっていることがありうる。だが、このことは、動産賃借権についても同様である。けれども、動産賃借権に基づく妨害排除請求権は、一般に、認められていない。そうだとすると、独占的ライセンスについてのみ、差止請求権を認めることはできない。

次に、独占的ライセンスについて、不動産賃借権における借地借家法や農地法に相当する特別法が設けられることは、考えられていない。したがって、第2の考え方も、独占的ライセンスについて応用することはできない。

(e) まとめ

(a)から(d)までの検討の成果をまとめておこう。

対抗力による正当化を応用するならば、対抗力を備えた独占的ライセンシーについてのみ、差止請求権が認められる。このことは、著作権の譲受人や二重独占的ライセンシーに対する差止請求権だけでなく、非独占的ライセンシーや不法利用者に対する差止請求権についても、同様である。

対抗制度による正当化を応用するならば、独占的ライセンシーが対抗力を備えたときは、著作権の譲受人や二重独占的ライセンシーに対しても、差止請求権が認められる。また、非独占的ライセンシーに対する差止請求権についても、対抗力を備えることが求められることになると考えられる。これに対し、不法利用者に対しては、対抗力を備えていなくても、差止請求権が認められる。つまり、対抗力による正当化の応用と対抗制度による正当化の応用との違いは、後者によれば、前者とは異なり、不法利用者に対する差止請求権は、対抗力を備えていなくても認められる点にある³⁷¹。

占有の取得による正当化と対抗力による正当化をそれぞれ応用し、両者を併用すると、次のよう

³⁷⁰ 複製権の準占有による取得時効が成立するための要件として、最判平成9年7月17日民集51巻6号2714頁（ポパイネクタイ事件上告審）が、「著作物の全部又は一部につきこれを複製する権利を専有する状態、すなわち外形的に著作権者と同様に複製権を独占的、排他的に行使する状態が継続されていること」を求めていることも参照。情報財の占有一般について、森田宏樹「財の無体化と財の法」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務、2014年）100頁、麻生典「情報の占有理論による保護」NBL1071号（2016年）37頁、同「知的財産と占有」日本工業所有権法学会年報43号（2017年）39頁を参照。

³⁷¹ 独占性の対抗を認めるために、悪意者対抗制度を設ける場合（この提案については、第2、3(1)ア(i)b(c)iii〔曾野委員〕）において、対抗力による正当化を応用するときは、独占的ライセンシーは、悪意の不法利用者に対しては、差止請求をすることができる一方、善意の不法利用者に対しては、差止請求をすることができないこととなると考えられる。

になる。対抗力を備えた独占的ライセンシーについて、差止請求権が認められる（対抗力による正当化の応用）とともに、対抗力を備えていない独占的ライセンシーであっても、その目的である著作物を、事実上、自分で利用しているだけではなく、他人の利用を排除している状態にあると評価されるときは、差止請求権が認められる（占有の取得による正当化の応用）。

これに対し、不動産賃借権の特殊性による正当化については、これを独占的ライセンスに基づく差止請求権に応用するのは困難である。

不動産賃借権に基づく妨害排除請求権に関する判例は、対抗力による正当化を用いたときと、同一の結論をとっていた（前述(イ)b(e)）。この判例の考え方を、独占的ライセンスに基づく差止請求権について推し進めるのであれば、対抗力による正当化を応用する途を選ぶこととなろう。これに対し、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権について、現在の通説とみられるのは、不動産賃借権の特殊性による正当化を試みる見解であった（前述(イ)b(e)）。しかし、そのような特殊性は、独占的ライセンスについては認められない。この分析が正しければ、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権に関する現在の通説は、独占的ライセンスに基づく差止請求権を正当化するための理論的基礎を提供するものではないこととなる。

c 付随的な論点

(a) 独占の内容により区別をすべきか

独占的ライセンスに基づく差止請求権が認められるとしても、不完全独占的ライセンシーと完全独占的ライセンシーとでは、差止請求権が認められる範囲に違いがあるのではないか。

第1に、不完全独占的ライセンスでは、完全独占的ライセンスとは異なり、著作権者自身の利用は禁じられない。したがって、不完全独占的ライセンシーは、完全独占的ライセンシーとは異なり、その対抗力を備えたとしても、著作権を譲り受けた者に対しては、差止請求をすることができない。

第2に、二重独占的ライセンシーと非独占的ライセンシーに対しては、不完全独占的ライセンシーも、完全独占的ライセンシーと同じように、その対抗力を備えたときは、差止請求をすることができると考えられる。なぜなら、完全独占的ライセンスと不完全独占的ライセンスとの違いは、著作権者自身の利用が禁じられるかどうかにはないからである。言い換えれば、不完全独占的ライセンシーであっても、完全独占的ライセンシーと同じように、その対抗力を備えたときは、著作権者以外の者の利用を禁じることができるとに変わりはないと考えられる。

第3に、これと同一の論理により、不完全独占的ライセンシーも、完全独占的ライセンシーと同じように、不法利用者に対して、差止請求をすることができるとみるべきである。そのために対抗力を備える必要があるかどうかは、差止請求権をどのように正当化するかによることとなる（前述bの検討を参照）。

つまり、完全独占的ライセンシーと不完全独占的ライセンシーとでは、著作権の譲受人に対して差止請求をすることができかどうかを除いて、差止請求権が認められる範囲に違いはないと考えられる³⁷²。

³⁷² 民法との関係では、抵当権に基づく妨害排除請求権が比較の対象となるかもしれない。抵当権が設定された場合でも、その目的物である不動産の利用権限は、その不動産の所有者に残される。この意味において、抵当権者と不完全独占的ライセンシーとの類似性を語るからである。

判例によれば、抵当権者は、原則として、抵当不動産の占有について干渉することができない。もっとも、抵当不動産の占有が抵当権に対する侵害にあたると評価されるときは、その占有者に対し、抵当権に基づいて妨害排除を請求することができる。その要件は、①不法占有者に対する妨害排除請求権については、(a)抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ、抵当権者の優先弁済権の行使が困難となるような状態があることである（最大判平成11年11月24日民集53巻8号1899頁〔傍論〕）。また、②適法占有者（抵当権者に対抗することができない賃借人）に対する妨害排除請求権については、(a)に加えて、(b)占有権原の設定について抵当権の実行としての競売手続を妨害する目的が認められることが要件となる（最判平成17年3月10日民集59巻2号356頁）。

しかしながら、抵当権に基づく妨害排除請求権と、不完全独占的ライセンスに基づく差止請求権は、次の点において、問題の構造を異にすると考えられる。

第1に、抵当権は、その目的物である不動産を占有することを内容としていない（民法第369条）。したがって、不法占有者に対する妨害排除請求権（①）についても、その不動産が不法に占有されているだけでは、原則として、抵当権に対する侵害にあたると評価することができない。これに対し、不完全独占的ライセンスは、その目的である著作物を利用することを内容としている。したがって、不法利用者に対する差止請求権（本文の第3）は、その著作物が不法に利用されているだけで、不完全独占的ライセンスに対する侵害にあたると評価することができる。

第2に、抵当不動産の所有者は、抵当権設定登記が備えられた後も、その不動産を他人に対して賃貸する権限を有し

(b) 独占的ライセンサーの意思を考慮すべきか

独占的ライセンスに基づく差止請求権を行使するための要件として、その請求権の行使が、独占的ライセンサーの意思に反しないことを求めるべきか。

不動産賃借権に基づく妨害排除請求権については、その請求権の行使が、賃貸人の意思に反しないことは要件とされていない³⁷³。このことは、次のようにして正当化することができよう³⁷⁴。賃貸人は、賃借人に対し、その目的物である不動産を賃借人の使用収益に適した状態に置く義務を負っている。この義務から派生するものとして、賃借人がその目的物である不動産を使用収益することができない場合において、賃借人自身に認められた妨害排除請求権を行使するときは、賃貸人は、その請求権の行使を忍容する義務を定型的に負っていると考えられる。そうだとすると、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権の行使にあたって、賃貸人の意思を考慮することは、必要でも相当でもない。

以上の論証は、独占的ライセンスに基づく差止請求権についても、あてはまるように思われる。独占的ライセンサーは、独占的ライセンシーに対し、その目的である著作物を独占的ライセンシーの独占的な利用に適した状態に置く義務を負っている。この義務から派生するものとして、独占的ライセンシーがその目的である著作物を利用することができない場合において、独占的ライセンシー自身に認められた差止請求権を行使するときは、独占的ライセンサーは、その請求権の行使を忍容する義務を定型的に負っていると考えられる³⁷⁵。そうだとすると、独占的ライセンスに基づく差止請求権について、その請求権の行使が独占的ライセンサーの意思に反しないことは、要件とすべきではない。

(I) 改正民法の規定とその影響

a 改正民法の規定

(a) 内容

改正民法は、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権に関する判例法理（前述(イ)a）を踏まえ、新たに次のような規定を設けることとした。

（不動産の賃借人による妨害の停止の請求等）

第 605 条の 4 不動産の賃借人は、第 605 条の 2 第 1 項に規定する対抗要件を備えた場合において、次の各号に掲げるときは、それぞれ当該各号に定める請求をすることができる。

- 一 その不動産の占有を第三者が妨害しているとき その第三者に対する妨害の停止の請求
- 二 その不動産を第三者が占有しているとき その第三者に対する返還の請求

この規定の特徴は、次の 2 点である。まず、(α)請求権者は、対抗力を備えた不動産賃借人であるとされている。ここでいう対抗力は、民法第 605 条、借地借家法第 10 条または同法第 31 条その他の法令の規定による賃貸借の対抗要件を備えたときに得られるものである（改正民法第 605 条の 2 第 1 項参照）。次に、(β)請求の種類として、妨害の停止（改正民法第 605 条の 4 第 1 号）と、返還（同条第 2 号）が挙げられている。言い換えると、妨害の予防（民法第 199 条参照）については、規定が設けられていない。

ている。このことから、適法占有者に対する妨害排除請求権（②）については、これを認めるための要件が、不法占有者に対する妨害排除請求権よりも加重されている。これに対し、不完全独占的ライセンスにおいては、著作権者は、その対抗力が備えられた後は、その著作物を他人に対してライセンスする権限を有していない。したがって、二重独占的ライセンシーと非独占的ライセンシーに対する差止請求権（本文の第 2）については、これを認めるための要件を、不法利用に対する差止請求権よりも加重する必要はない。

³⁷³ 改正民法においても、同様である（後述(エ)a(a)で引用する改正民法第 605 条の 4 を参照）。

³⁷⁴ 不動産賃借人に固有の妨害排除請求権を認める以上、その請求権の行使について、賃貸人の意思を問題とすべきではないのは、当然であるともいえそうである。しかし、これは、結論を前提に含めるものであり、論証になっていない。不動産賃借権に基づく妨害排除請求権が、賃貸人の意思を問題とすべきではないほど、賃借人に「固有」のものであることを、その立論の前提としているからである。

³⁷⁵ これに対し、独占的ライセンシーがその目的である著作物を利用することができない場合において、独占的ライセンサーが独占的ライセンシーに対し、みずからその侵害を排除する義務（侵害排除義務）を定型的に負っているとみるべきかどうかについては、争いがある。この問題については、前述 2(1)イ(イ)(ウ)〔松田委員〕を参照。

(b) 解釈

改正民法第 605 条の 4 については、大きく分けると、次の 2 つの読み方が示されている³⁷⁶。

第 1 は、例外を定めた同条は、限定的に解釈されるべきであるとする読み方である³⁷⁷。これによれば、(α) 対抗力を備えていない不動産賃借人は、不法占拠者に対しても、妨害の停止や返還の請求をすることができない。同条は、前述(イ)a で掲げた判例の準則のうち、③も含めてすべて明文化したものであると位置づけられる。また、(β) 対抗力を備えた不動産賃借人であっても、妨害の予防を請求することはできない。

これに対し、第 2 の読み方によれば、第 1 の読み方とは異なり、同条は、かならずしも限定的に解釈されるべきものではない。すなわち、(α) 対抗力を備えていない不動産賃借人も、不法占拠者に対しては、妨害の停止や返還を請求することができるのではないかと、また、(β) 妨害の停止の請求や返還の請求だけでなく、妨害の予防の請求も認められるのではないかは、今後の判例・学説による法形成に委ねられた問題だと考えられる³⁷⁸。

b 改正民法の影響

独占的ライセンシーの権利を、債権的な利用権について独占性の対抗が認められるものと構成するならば、その権利の性質は、不動産賃借権に類するものとなる。そうだとすると、独占的ライセンスに基づく差止請求権について新たに規定を設けるときは、その規定の仕方は、基本的に、改正民法の規定の仕方に従うこととなる。したがって、独占的ライセンスに基づく差止請求権についても、(α) 請求権者については、対抗力を備えた独占的ライセンシーについてのみ、規定を設けることとなる。

これに対し、(β) 請求の種類については、改正民法の規定を応用することが求められる。改正民法の規定では、① 妨害の停止の請求と、② 返還の請求の 2 種類が定められている。このうち、無体物である著作物に関する差止請求権については、② は問題とならない。他方、① の文言は、著作権等に基づく差止請求権に合わせるならば、「侵害の停止」の請求とされることとなる（著作権法第 112 条 1 項参照）。では、「侵害の予防」の請求についてはどうか。この請求について規定を設けないとすると、著作権等に基づく差止請求権と独占的ライセンスに基づく差止請求権とで、文言上、請求することができる種類が異なることとなる。これでは、バランスが悪いようにもみえる。もっとも、この種の落ち着きの悪さは、改正民法においても生じている。すなわち、物権的請求権については、妨害予防請求権が認められ（大判昭和 12 年 11 月 19 日民集 16 卷 1881 頁）、また、占有訴権についても、占有保全の訴えが認められている（民法第 199 条）。それにもかかわらず、不動産賃借権については、妨害予防請求権は定められていない。その理論的な根拠は、賃借権はあくまで債権であるという点に求められている³⁷⁹。このことは、独占的ライセンシーの権利を不動産賃借権に類似のものと構成する限り、独占的ライセンスに基づく差止請求権にもあてはまる。そうだとすると、独占的ライセンスに基づく差止請求権について新たに規定を設けるときは、——無体物である著作物の特殊性から、独占的ライセンスに基づく差止請求権についてのみ、侵害予防請求権を付け加えることを正当化することができない限り——「侵害の停止」の請求のみを定め、「侵害の予防」の請求については、とくに規定を設けないこととなる。

もちろん、そのようなかたちで規定を設けたとしても、その規定を限定的に解釈すべきであるかどうかは、新たな規定を、前述 a(b) の第 1 で示したように解釈するか、その第 2 で示したように解釈するかによると考えられる。このうち、後者の解釈をとるならば、(α) 対抗力を備えていない独占的ライセンシーも、不法利用者に対しては、差止請求をすることができるのではないかと、また、(β) 侵害の停止の請求だけでなく、侵害の予防の請求も認められるのではないかは、今後の判例・学説による法形成に委ねられた問題だということになる。

³⁷⁶ 中田裕康『契約法』（有斐閣、2017 年）457 頁を参照。

³⁷⁷ 法制審議会民法（債権関係）部会資料 69A51 頁。ただし、以下の(α)については、はっきりとは述べていない。

³⁷⁸ (α) について、法制審議会民法（債権関係）第 94 回会議事録 15-16 頁〔山本敬三・筒井健夫・鎌田薫発言〕、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（金融財政事情研究会、2017 年）298 頁、同・前掲注(359)新債権総論 I 715 頁注 21。(α) と (β) の双方について、中田・前掲注(376)457 頁。

³⁷⁹ 法制審議会民法（債権関係）部会資料 69A51 頁。もっとも、賃借権が債権であることと、妨害予防請求権のみを否定することとの間には、論理の飛躍があるように思われる。なお、筒井＝村松・前掲注(356)314 頁には、賃借権が債権であることを理由とする記述はない。

(オ) いわゆる債権者代位権の転用との関係

アにおける検討の最後に、独占的ライセンスに基づく差止請求権（以下、「直接請求」と呼ぶことがある）と、いわゆる債権者代位権の転用³⁸⁰（以下、「代位請求」と呼ぶことがある）との関係について、直接請求のみが問題となる場面（a）、直接請求と代位請求の双方が問題となる場面（b）、代位請求のみが問題となる場面（c）に分けて検討しておこう。

a 直接請求のみが問題となる場面

対抗力を備えた独占的ライセンシーが、自分に劣後する著作権の譲受人、二重独占的ライセンシーおよび非独占的ライセンシーに対して侵害の除去を求めるためには、直接請求をするほかない。というのは、これらの場合には、独占的ライセンサーは、著作権の譲受人、二重独占的ライセンシーおよび非独占的ライセンシーに対し、差止請求をすることができないからである。そのため、これらの場合には、独占的ライセンシーは、債権者代位権に基づく被代位権利の行使によっては、侵害の除去を求めることができない。したがって、独占的ライセンシーは、自分に劣後する著作権の譲受人、二重独占的ライセンシーおよび非独占的ライセンシーに対しては、独占的ライセンスに基づいて差止請求をすることとなる。

b 直接請求と代位請求の双方が問題となる場面

これに対し、独占的ライセンシーが不法利用者に対して侵害の除去を求めるための方法としては、直接請求と代位請求のどちらも考えられる。代位請求の方法については、被保全債権があるかどうか問題となる。もっとも、独占的ライセンサーが独占的ライセンシーに対し、侵害排除義務を負うことを明示的に合意しているときは、被保全債権の要件を満たすことについて、争いはない。

では、この場合において、独占的ライセンスに基づく差止請求権が認められたときは、債権者代位権に基づく請求は認められないことになるのか。いわゆる転用型の要件として、他に適切な手段がないという意味での「補充性」を求め、この意味での「補充性」を債権者代位権の行使要件とすべきであるかどうか問題となる。民法においては、この意味での「補充性」は、債権者代位権の行使要件とすべきではないとする見解が有力である³⁸¹。

c 代位請求のみが問題となる場面

さらに、代位請求のみが問題となる場面も考えられる。たとえば、対抗力を備えた独占的ライセンシーについてのみ、独占的ライセンスに基づく差止請求権を認める考え方をとったとしよう（前述(ウ)b(a)）。この考え方によれば、対抗力を備えていない独占的ライセンシーが不法利用者に対して侵害の除去を求めるためには、独占的ライセンサーが有する差止請求権を代位行使するほかない³⁸²。このように、独占的ライセンスに基づく差止請求権が認められたとしても、いわゆる債権者代位権の転用が認められるかどうかを論じる意義は、失われまいと考えられる³⁸³。

イ アンケート・ヒアリング結果の概要

(7) 独占的ライセンシーの差止請求権の行使の要件について

アンケートでは、ライセンシーの立場となったことのある者に対して、独占的ライセンシーが差止請求権を行使できる際の要件について「登録」、「事業実施」、「契約の事実のみ」のそれぞれの程度望ましいかとの質問を行ったところ、それぞれに対する「非常に望ましい」「やや望まし

³⁸⁰ 債権者代位権の転用については、改正民法の規定を含め、前述 2(1)イ(7)(イ)〔松田委員〕を参照。

³⁸¹ 森田宏樹「債権者代位権の『転用』と特定債権の保全」同『債権法改正を深める—民法の基礎理論の深化のために』（有斐閣、2013 年）435 頁〔初出 2012 年〕。この問題については、秋山靖浩「債権者代位権の転用」法時 89 巻 10 号（2017 年）117 頁も参照。

³⁸² 不動産賃借権に基づく妨害排除請求権に関する判例法理によれば、対抗力を備えていない不動産賃借人には、不動産賃借権に基づく妨害排除請求権は認められない（前述(イ)a 参照）。しかし、この場合でも、その賃借人は、賃貸人が有する妨害排除請求権を代位行使することができる（最判昭和 29 年 9 月 24 日民集 8 巻 9 号 1658 頁）。

³⁸³ なお、不動産賃借権については、固有の妨害排除請求権が一般的に認められたとしても、いわゆる債権者代位権の転用によるべきケースがなくなるわけではないことが指摘されている。森田・前掲注(381)419-420 頁、秋山・前掲注(381)117-118 頁。

い」との回答の割合は、「契約の事実のみ」が最も多く 87.5%、「事業実施」が 67.5%、「登録」が 42.5%となった³⁸⁴。理由としては、契約の事実のみとすることに関しては、迅速な対応を行う必要があることから契約の存在のみで差止めできることが望ましいとする意見があった。事業実施に関しては、ライセンス契約後すぐに事業実施するとは限らないことや、立証の手間を要するため望ましくないとする意見があった。登録に関しては、費用や手続き面でライセンシーに過大な負担を強いるものであるとの意見や、登録の困難さから現実に機能しなくなってしまうとの懸念が示された。

【アンケート結果概要（独占的ライセンシーの差止請求権行使の要件について）】

- 迅速な対応を取るためにも契約の存在のみで差止めできるのが望ましい。
- 登録を要件とすれば、登録の困難さから、現実にワークしないと考える。また、悪意の第三者に対して登録要件は不要。「独占的ライセンス契約の存在」の立証手段にもよるが、訴訟の場合を除き、悪意の侵害者や第三者に対して、ライセンス契約を開示することはできない。悪意の第三者に対しては、事業実施をライセンスの立証に代えることで十分ではないか。
- 登録や立証は手間を要するため。
- 権利者から独占ライセンスを受け、社会で正当、かつ公然と事業を行っている立場からすれば、契約の存在、事業実施で第三者の侵害行為を差し止めできるのが当然である。現状の著作権登録制度のような登録を要件とするのは費用や手続き面で正当なライセンシーには負担が大き過ぎる。
- ライセンス契約後、すぐに事業実施するとは限らず、差別的な時期を考えて準備している段階での侵害もあり得るため、契約を持って対抗できるべきと考えます。

ヒアリングでは、独占的ライセンシーの差止請求権の行使の要件について、事業実施や登録を要件とすべきとする意見が見られた。

【ヒアリング結果概要】

- 登録はもう現実的ではない。ライセンス契約の提出を求められても負担になるので、出版している事実だけで差止請求権を行使できるような制度が望ましい。現在実務においても、海外のネット上の侵害対策としても、Amazon 等での弊社から出版されていることが確認できる URL を送ると削除してもらえるようなケースはある。（一般社団法人日本雑誌協会）
- 登録などの公示だろうか。権利者も協力しなければできない登録がまずあり、せめてそれを示さないと門前払いになる方が良いのではないか。範囲の曖昧なライセンスは結構あるので、少なくとも外形的に満たされるべき要件を設けておかないと、濫訴になる可能性は十分あり得る。（福井弁護士）
- 外から見て分かるということで、独占的な事業の実施あたりを要件にすれば良いのではないかと思う。（日本弁理士会）

（イ）著作権者等の意思との関係について

ヒアリングでは、独占的ライセンシーに対して差止請求権を付与することについて、著作権者等（ライセンサー）の立場からは、海賊版対策等の侵害排除の円滑化に繋がり歓迎する意見が多くみられた。一方で、独占的ライセンシーが著作権者等に無断で権利行使を行うことに対する不安感も示された。これに対しては、権利行使の際に権利者の承諾を得るのは負担となるといった意見や、実際の権利行使は著作権者等に確認を取った上で行われるものと考えられるので著作権者等の意に反した権利行使がなされることはないのではないか、といった意見があった。

【ヒアリング結果概要】

- もともと著作権者が有している権利を、いかに独占的とはいえ、利用者がその意思で行使することを可能にするというのは、躊躇する。権利者の了承のもとでということであれば、著作

³⁸⁴ アンケート Q77 に対する回答。それぞれ「非常に望ましい」と「やや望ましい」の合計。

権者としても了解しやすいのではないかと思う。（一般社団法人日本美術家連盟）

- 独占的ライセンシーにいわば訴権を渡すようなことになるのは気持ちが悪い。自分の作品名や自分の名前を使って勝手に訴訟を起こさないでほしいと思うだろう。特に、漫画家が直接会ったこともないようなライセンシーが勝手に訴訟を提起するようなことは困る。著作権者の承諾を訴訟提起の条件とする制度であれば構わない。（公益社団法人日本漫画家協会）
- 権利行使の際に権利者に承諾を得るという仕組みとするのは負担が大きい。ネット上の海賊版対策はスピードが大事であるが、承諾を取るのに時間がかかると、被害が深まっていったしまう。（一般社団法人日本雑誌協会）
- 出版社としては権利者との関係が最も重要であるので、権利行使の際には確認をするはずであり、意思に反して権利行使をすることはないと考えられる。（一般社団法人日本書籍出版協会）
- 仮に制度上独占的ライセンシーが差止請求をすることができるようになったとしても、その結果プロダクションとの契約を切られてしまうとすれば、結局は差止請求をしないことになる。（一般社団法人日本レコード協会）

ウ 特許法その他の知的財産権法との関係

(7) 特許法の規定

特許法 100 条 1 項は、「特許権者又は専用実施権者は、自己の特許権又は専用実施権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる」と定めている。この規定から、特許権者のみならず専用実施権者も固有の差止請求権を有することが明らかである^{385・386}。一方で、著作権法における利用許諾に相当する通常実施権を有するに過ぎない者に対して、固有の差止請求権を認める規定は存在しない。よって、そのような差止請求権を認めることができるかどうかは、解釈によることになる。

(イ) 通常実施権の種類

一口に通常実施権と言われるが、大きく 3 つに分類することができる。

まず、範囲を同一とする通常実施権を 2 つ以上設定することが可能なものを、非独占的通常実施権と呼ぶ³⁸⁷。次に、通常実施権の許諾に際して、特許権者との間で、他の者には重ねて許諾をしない旨を特に約した場合、独占的通常実施権と呼ばれ^{388・389}、そのうち特に、特許権者自身の実施も禁じる旨を特に約したものは、完全独占的通常実施権と呼ばれる³⁹⁰。

以下、非独占的通常実施権の場合と、独占的通常実施権（完全独占的通常実施権を含む）の場合

³⁸⁵ もっとも、旧特許法では、現行法の 100 条 1 項に相当する規定はなかったものの、特許権者による差止請求権は、特許権の性質（＝物権類似の権利）から当然のこととして認められていた。さらに、専用実施権は、用益物権のようなものと捉えられていることも踏まえると、現行法 100 条 1 項は、創設規定ではなくて、確認規定であると理解することも可能であるとの指摘もある（雨宮正彦「通常実施権に基づく差止請求権」司法研修所創立 20 周年記念論文集 I（1967）362 頁参照）。

³⁸⁶ 専用実施権を設定すると、当該設定された範囲に関しては、特許権者自身も特許発明を実施することができなくなるが、では、当該範囲に関して特許権侵害が発生した場合に、特許権者は侵害者に対して差止め請求が可能か否かという疑問が生じる。この問題については、最高裁判決によって、特許権者はなお侵害者に対する差止め請求が可能であるとの判断が示されている〔最判平 17 年 6 月 17 日民集 59 巻 5 号 1074 頁〕。

³⁸⁷ 中山信弘＝小泉直樹編『新・注解特許法 第 2 版【中巻】』（青林書院、2017）1461 頁〔城山康文〕参照。

³⁸⁸ 高林龍『標準特許法 第 4 版』（有斐閣、2011）191 頁参照。

³⁸⁹ なお、独占禁止法の私的独占にパテントプールが含まれ得ることから、「実施権者が複数いる場合でも、それ以外の者に許諾をしなければ、それを独占的通常実施権であるとしてもよいと解される」との指摘（諏訪野大「独占的通常実施権について」日本工業所有権法学会年報 31 号（2007）27 頁）もあるが、独占的通常実施権における独占を、独占禁止法における独占に照らして解釈する必然性はないように思われる。そもそも、独占的通常実施権という用語自体、講学上および実務上のものであるから、実際の使用のされ方を踏まえてその意味内容を与える方が良いだろう。この点、契約実務の感覚からいえば、同一の特許権についてライセンシーが 1 人しかいない場合を独占ライセンスと呼んでおり、ここに言うライセンシー＝通常実施権者の意味であることを踏まえると、やはり、独占的通常実施権とは、特許権者が他には通常実施権を許諾しない旨特約した通常実施権と解するべきように思われる。

³⁹⁰ 高林・前掲注 388）191 頁参照。なお、独占的通常実施権であっても、完全独占的通常実施権であっても、特許権者が特約に違反した場合は、特許権者に債務不履行責任を問うことができるのみである。

に分けて検討を進めたい。

(ウ) 非独占的通常実施権者に固有の差止請求権を認めるか

通常実施権を物権類似の権利と捉えて、非独占的通常実施権者に対しても差止請求権を認める立場や、権利の不可侵性から差止請求権を認める立場があったとされるが³⁹¹、いずれも旧法下の学説である。

この点、現行特許法下では、通常実施権は、許諾された範囲で特許発明を業として実施をすることについて、特許権者に対して、差止請求権、損害賠償請求権および不当利得返還請求権（以下、差止請求権等という。）を行使しないことを求める不作為請求権であり^{392・393}、債権的な権利^{394・395}であると一般に理解されている³⁹⁶。そのため、不作為請求の相手方でもない侵害者に対して何らの請求もできない³⁹⁷というのが通説的な結論となる。また、このように解釈したとしても、侵害行為によって、非独占的通常実施権者自身が実施をすることができなくなるわけではない点も、指摘されるところである³⁹⁸。

(エ) 独占的通常実施権者に固有の差止請求権を認めるか

a 問題の所在

独占的通常実施権者も、非独占的通常実施権者と同じく、債権的な権利を有するに過ぎず、かつ、仮に特許権侵害があっても、自らが実施をすることができなくなるわけでないことには変わりはない。しかしながら、独占的通常実施権者は、特許発明に関して、市場の独占（完全独占的通常実施権の場合。それ以外の場合は、特許権者による実施があり得るので、厳密に言えば寡占となろう）を企図して、特許権者との間で契約を締結したのであり、侵害行為が放置されると、独占（または寡占）は実現できなくなる³⁹⁹。

この場合、独占的通常実施権者としては、特許権者が、権利を行使して侵害者を排除することを期待することになるが、必ずしも、特許権者が期待に応じてくれるとは限らない⁴⁰⁰。例えば、実施料が、いわゆるランニング・ロイヤリティ方式の場合は、侵害行為の存在によって、独占的通常実施権者の市場シェアが減少することは、ロイヤリティ収入の減少につながるため、特許権者としても侵害者を排除するインセンティブを持つだろう。しかしながら、実施料が、一括払いの場合

³⁹¹ 雨宮・前掲注 385) 372～375 頁参照。

³⁹² 特許権者に、通常実施権の登録に協力する義務があるか否かが争われた事件で、最高裁は「許諾による通常実施権の設定を受けた者は、実施契約によって定められた範囲内で当該特許発明を実施することができるが、その実施権を専有する訳ではなく、単に特許権者に対し右の実施を容認すべきことを請求する権利を有するにすぎない」〔最判昭和 48 年 4 月 20 日民集 27 卷 3 号 580 頁〕と説示した（もっとも、この説示の位置づけについては、諸説ある）。

³⁹³ なお、雨宮・前掲注 385) 369 頁は、一般に「通常実施権を通常実施者の特許権者に対する実施忍容請求権として構成するが、このような構成は必ずしも実定法上の根拠を有しない。特許法第 78 条は通常実施権を『特許発明を実施する権利』——特許権者及び専用実施権者の有する権利の規定の仕方と同じ phraseology である——という特許発明に対する積極的な権能として規定しているのである。また、なるほど、通常実施権は実施契約（license agreement）に基づいて設定されるが・・・専用実施権（一般に物権類似の権利であるとされている）もまた専用実施権設定契約（専用実施権は設定登録によって効力を生ずるからこの契約はいわゆる純粹の債権契約である）に基づくものである」と指摘する。

³⁹⁴ 城山・前掲注 387) 1461 頁は、債権的という意味について「より厳密には、特許権者に対して差止請求権と損害賠償請求権を行使させないという不作為請求権である・・・もっとも、通常実施権の存在は、特許権者からの差止請求権及び損害賠償請求権に対する抗弁として直接に機能するのであり・・・差止請求権の行使を認めたうえで不作為義務違反の責任を問うことができるにとどまるものではない。」と指摘する一方で、「平成 23 年改正により通常実施権登録制度が廃止され・・・許諾による通常実施権も、登録することなく通常実施権設定者から特許権又は専用実施権・・・をその後に譲り受けた者に対して効力を有することとされたため（特 99 条）、債権的な性格は薄くなった。」とも指摘する。

³⁹⁵ なお、多くの場合、債権的権利＝債権の意味で用いられているものと思うが、吉藤幸朔＝熊谷健一補訂『特許法概説 第 13 版』（有斐閣・1998）568 頁は、通常実施権は債権と位置づけるのではなくて債権的な権利と位置づけるべきとして、その理由を「通常実施権の客体は無体財産であって占有を伴わないので、同一内容を有する実施権を別個に設定しても、債権におけるような債務不履行の問題は生じない」からとする。

³⁹⁶ 雨宮・前掲注 385) 372 頁によれば、旧法下では、通常実施権を用益物権（および著作権法の出版権）に類似するとした説や、登録を経た通常実施権は物権的性質を有する（登記された賃借権に擬える）説があった。もっとも、旧法下には、専用実施権の制度がなかったことに留意する必要もあろう。

³⁹⁷ 高林・前掲注 388) 195 頁参照。

³⁹⁸ 高林・前掲注 388) 195 頁参照。

³⁹⁹ 城山・前掲注 387) 1467 頁

⁴⁰⁰ 城山・前掲注 387) 1467 頁

は、侵害行為を排除するインセンティブに乏しい。これは、特許権侵害訴訟の遂行が、少なからぬ手間と費用を要することを考えれば、なおさらである。しかも、侵害訴訟を起こした場合、反撃として、侵害者から特許無効を当該訴訟や審判を通じて主張される恐れさえある。

さらに言えば、そもそもの問題として、（契約に明記されていない場合に）特許権者に侵害排除義務があるかどうか自体、議論があり得る。仮に、独占的通常実施権を許諾した特許権者は、当然に侵害排除義務を負うのだとすると、特許権者は、債務不履行責任を免れるために権利行使を考えるかもしれない。しかしながら、独占的通常実施権の本質は、他の者には重ねて通常実施権を許諾しないことを約するにとどまると解するならば、その約束を守っている限りにおいて特許権者に義務違反はないということになるから、そもそも侵害排除義務を負っていないということになる⁴⁰¹。

このように、特許権者による権利行使が必ずしも期待できないことを前提に、独占的通常実施権者自身が、侵害者を相手方として差止請求を行うことを可能とする方法はないかとの議論が登場することになる。具体的には、①独占的通常実施権者に固有の差止請求権を認める手法と、②特許権者の有する差止請求権の代位行使を認める手法の 2 つが考えられている。この内、②については、後ほど(㉔)で取り上げることとし、ここでは①について触れたい。

b 肯定説

独占的通常実施権者に固有の差止請求権を肯定する立場⁴⁰²では、通常実施権を債権と位置づけた上で、「債権の侵害の場合にも妨害排除を認めることが被害者の救済上必要な場合には認めるべきである。」とし、妨害排除請求権を「認める要件としては、妨害排除を認めることによって生ずべき侵害者の犠牲の程度と、被害者が妨害排除によって受ける利益などの比較考慮によって決定すべきであり、被侵害利益の種類性質と、侵害行為の態様との両面からも相関的に考慮すべきであって、この判断のしかたは不法行為の成立についての違法性を判断する場合と同様の考え方である。この考え方・・・によると、独占的通常実施権者に固有の差止請求権を認めることができる」と主張する。そして、「独占的通常実施権者に固有の差止請求権を認めても、実施許諾者の権利が弱くなるものでもなく、実施許諾者にとっても便利である。また、独占的通常実施権者に自己固有の差止請求権を認めたとしても、権原なしに実施している者は、元来実施許諾者から差止請求を受ける地位にあるので、実施権者から差止の請求をされても特別の不利益を受けることにもならない。」ことを指摘する。

c 否定説

一方、否定する立場としては、意匠法に関する判決ではあるが、いわゆるヘアブラシ事件判決⁴⁰³がある。判決は次のように述べている。

「通常実施権の許諾者（権利者）は、通常実施権者に対し、当該意匠を業として実施することを容認する義務、すなわち実施権者に対し右実施による差止損害賠償請求権を行使しないという不作為義務を負うに止まり、それ以上に許諾者は当然には実施権者に対し、他の無承諾実施権者の行為を排除し通常実施権者の損害を避止する義務までも負うものではない。これを実施権者側からみれば、通常実施権者は権利者に対し、当該意匠の実施を容認すべきことを請求する権利を有するにすぎないということができる。そして、完全独占的通常実施権といえども本来通常実施権であり、これに権利者が自己実施及び第三者に対し実施許諾をしない旨の不作為義務を負うという特約が付随するにすぎず、そのほかに右通常実施権の性質が変わるものではない。・・・通常実施権ひいては完全独占的通常実施権の性質は前記のとおりであるから、無権限の第三者が当該意匠を実施した場合若しくは権利者が実施権者との契約上の義務に違反して第三者に実施を許諾した場合にも、実施権者の実施それ自体は何ら妨げられるものではなく、一方そのように権利者が第三者にも実施許諾をすることは、実施権者に対する債務不履行とはなるにしても、実施許諾権そのものは権利者に留保されて在り、完全独占的通常実施権の場合にも右実施許諾権が実施権者に移付されるものではないのであるから、実施権者の有する権利が排他性を有するということとはできず、また条文の上からも意匠法 37 条には差止請求権を行使できる者として意匠権者又は専用実施権者についてのみ規定していること（しかも、本

⁴⁰¹ 盛岡一夫「通常実施権者の差止請求権」日本工業所有権法学会年報 8 号（1985 年）73 頁参照。

⁴⁰² 盛岡・前掲注 401）71 頁。

⁴⁰³ 大阪地判昭和 59 年 12 月 20 日無体裁集 16 卷 3 号 803 頁

件において X は専用実施権の登録をなすことにより容易に差止請求権を有することができること)を考慮すると、通常実施権者である限りは、それが前記完全独占的通常実施権者であってもこれに差止請求権を認めることは困難であり、許されないものといわざるをえない。」現状は、この判決同様に否定する説が多数であるといえよう⁴⁰⁴。

(オ) 債権者代位権を転用できるか

以上検討したように——独占的か否かを問わず——通常実施権者に固有の差止請求権は認められないという通説を前提に、特許権者の差止請求権を、通常実施権者が代位行使することはできないかという議論が登場する⁴⁰⁵。

債権者代位権の転用に関する基本的な議論は、「第3、2(1)イ」と共通するので割愛し、ここでは、特許法における議論の概略を紹介したい。予め述べれば、裁判例は肯定・否定の両方があり、現状の学説は肯定説が通説的であるが⁴⁰⁶、具体的な要件については、区々に分かれている状況といえよう。

a 否定説

先述のヘアブラシ事件⁴⁰⁷において、完全独占的通常実施権者である原告は、債権者代位権に基づき、意匠権者に代位してその差止請求権を行使することを主張したが、裁判所は次のように説示して、主張を退けた。

「右債権者代位制度は元来債務者の一般財産保全のものであり、特定債権保全のために判例上登記請求権及び賃借権の保全の場合に例外的に債務者の無資力を要することなく右制度を転用することが許されているが、右はいずれも重疊的な権利の行使が許されず、権利救済のための現実的な必要性のある場合であるところ、完全独占的通常実施権は第三者の利用によつて独占性は妨げられるものの、実施それ自体には何らの支障も生ずることなく当該意匠権を第三者と同時に重疊的に利用できるものであり、重疊的な利用の不可能な前記2つの例外的な場合とは性質を異にし、代位制度を転用する現実的な必要性は乏しく（しかも本件において原告は登録により容易に差止請求権を有することができる）、債権者代位による保全は許されないというべきである。

更に、完全独占的通常実施権の権利者に対する請求権は、無承諾実施権者の行為の排除等を権利者に求める請求権ではなく、当該意匠の実施を容認すべきことを請求する権利にすぎず（本件においても前記認定のとおり権利者・・・に第三者の侵害行為を差止めるべき行為義務は認められない）、通常実施権者が権利者の有する侵害者に対する妨害排除請求権を代位行使することによつて権利者の実施権者に対する債務の履行が確保される関係にはないのであり、また、本件全証拠によるも権利者が無資力であるとは認められないから、結局債権者代位による保全の必要性も欠くといわざるをえない。」

なお、本判決の8ヶ月前に、実用新案権の非独占的通常実施権に関して、ほぼ同様の理由付けで、

⁴⁰⁴ 城山・前掲注387)1468頁、高林・前掲注388)195頁、田村善之『知的財産法〔第5版〕』（有斐閣、2010）341頁、中山信弘『特許法 第2版』（弘文堂、2012）469～470頁および島並良＝上野達弘＝横山久芳『特許法入門』（有斐閣、2014）240頁など参照。

⁴⁰⁵ なお、特許権者の差止請求権を特許権者に代位して行使するわけであるから、そもそも特許権者が差止請求権を有さないような場合は、当然代位行使も不可能である。例えば、独占的ライセンス契約に反して、特許権者が、重ねて通常実施権を許諾した場合、特許権者は後続の通常実施権者に対して差止請求権を有さない（自分で許諾している以上当然）、独占的通常実施権者も、代位行使によって、後続の通常実施権者の実施行為を差し止めることはできない（高林・前掲注388）197頁参照）。

⁴⁰⁶ 村井麻衣子「特許権の独占的通常実施権者による差止請求の可否 ～新たな独占的ライセンス制度構築に向けて～」パテント65巻9号（2012）50頁および石井美緒「独占的通常実施権者による特許権侵害者に対する差止請求の可否」知財研フォーラム94号（2012）83頁では、渋谷達紀『知的財産法講義I〔第2版〕』（有斐閣、2006）376頁が否定説として紹介されるが、両論文公開後の、渋谷達紀『特許法』（発明推進協会・2013）654頁は「債権者代位は特定債権の保全のために例外的に認められたものであるとする古い判例（前掲大判明治43.7.6、同大判大正9.11.11）の存在が障害となっている。独占的通常実施権を許諾した特許権者は、第三者に対して実施を許諾してはならない義務を負うが、その義務は、特許権の侵害があった場合に侵害者を排除すべき義務に通ずるものがある。したがって、特許権者に対して権利侵害の排除を求める債権を保全するために、実施権者は特許権者の差止請求権を代位行使することができる」とする解釈があつてよいと思われる。」とする。

⁴⁰⁷ 大阪地判昭和59年12月20日無体裁集16巻3号803頁

権利者に代位しての差止請求を退けた判決がある⁴⁰⁸。

b 肯定説

(a) 裁判例

頻繁に引用されるのは、今から 50 年以上前の地裁判決⁴⁰⁹である。判決は、被告の行為が特許権侵害であり、特許権者が被告に対して差止請求権を有することを認めた上で、独占的通常実施権者である「原告は、特許権者に対し、前判示のとおり本件特許発明を独占排他的、かつ、全面的実施に積極的に協力すべきことを請求する債権を有し、したがって、原告は、右債権を保全するため債務者（特許権者）に代位して特許権者が被告に対して有する・・・差止請求権を行使しうるものと解すべきである」と説示した。

また、比較的新しいところでは、平成 14 年の同じく地裁判決⁴¹⁰が、「独占的通常実施権者については固有の差止請求権は認められないが、特許権者（共有持分権者を含む）の有する差止請求権（特許法 100 条）を代位行使（民法 423 条）することができる」と解するのが相当である」との一般論を展開したが、そもそも問題の特許が無効であるとされたため、実際に差止めは認められていない。

なお、管見の限り、非独占的通常実施権者による差止請求権の代位行使を認めた裁判例はなかった。

(b) 学説⁴¹¹

i 侵害排除義務を必要とする立場

この立場では、債権者代位権によって保全される債権として、通常実施権者が特許権者に対して有する侵害排除請求権を想定する。つまり、特許権者が、通常実施権者に対して侵害排除義務を負っている場合に限り、差止請求権の代位行使を認める立場である。もともと、細かくみると様々なバリエーションがあり得るが、ここでは大きく 5 つの説に分類する。

① 契約書に明示的に侵害排除義務が規定されている場合に限定する説^{412・413}。

② 専用実施権に限りなく近づく場合に限定する説⁴¹⁴。

専用実施権に限りなく近づく場合とは、完全独占的通常実施権であり、特許権者に明示または黙示の侵害排除義務が存在し、通常実施権として登録されている場合を指す。

③ 完全独占的通常実施権であって、かつ、市場における独占的な地位が事実上実現されている場合に限定する説⁴¹⁵。

契約に違反して特許権者が自ら特許発明を実施している場合や、第三者に通常実施権を許諾している場合は、市場における独占的な地位が事実上実現されているといえないから、代位行使を認めない。なお、特許権者は、完全独占的通常実施権を許諾した以上、侵害排除義務を当然負うとする。

④ 独占的通常実施権であって、明示または黙示の侵害排除義務が認められる場合に限定する説

⁴⁰⁸ 大阪地判昭和 59 年 4 月 26 日無体裁集 16 巻 1 号 271 頁

⁴⁰⁹ 東京地判昭和 40 年 8 月 31 日判タ 185 号 209 頁

⁴¹⁰ 東京地判平成 14 年 10 月 3 日平成 12 年（ワ）17298 号

⁴¹¹ 学説の整理については、村井・前掲注 406）50 頁および石井・前掲注 406）83～85 頁が詳しい。

⁴¹² 高林・前掲注 388）197 頁参照。

⁴¹³ なお、侵害排除義務が明示的に規定されていることを強調すれば、独占的通常実施権に限らず、非独占的通常実施権の場合でも、侵害排除義務が明記されている限り、代位が認められるという考え方もあり得よう（村井・前掲注 406）52 頁および石井・前掲注 406）84 頁参照）。

さらに進んで、松井和彦「通常実施権の本質と実施許諾者の侵害排除義務」金沢法学 49 巻 2 号（2007）309～310 頁は、「当事者間に明示的な合意がなくても、実施契約における誠実義務のひとつとして、実施許諾者には、特許権侵害者を排除すべき義務が課せられると解すべきである。この義務は、独占的实施に関する合意の有無にかかわらず、すなわち独占的通常実施権であるか非独占的通常実施権であるかを問わず、認められるべきである。実施契約の当事者間における右のような状況は、独占的实施に関する合意の有無によって変わるところがないからである。」とする。

⁴¹⁴ 諏訪野・前掲注 389）28～33 頁参照。なお、この説が主張されたのは平成 19 年であるため、平成 23 年改正による当然対抗制度導入に伴う、通常実施権に関する登録制度廃止の影響は反映されていない。

⁴¹⁵ 三村量一「特許実施許諾契約」相山敬士＝高林龍＝小川憲久＝平嶋竜太編『ライセンス契約』（日本評論社、2007）123 頁参照。

⑤ 独占通常実施権であれば、侵害排除義務が認められるとする説⁴¹⁷。

最も分かりやすいのは①説であるが、既にみたように、特許権者にとって侵害訴訟の提起および遂行は、必ずしも進んで引き受けたい状況ではないことに鑑みると、特許権者と通常実施権者の力関係を考えれば、ライセンス契約に明示的に侵害排除義務が含まれるケースは必ずしも多くないだろう。結果、①説を採ると、代位行使可能な場合はかなり限定されることになる。

②～⑤説は、その点を考慮して、侵害排除義務が明示されない場合にも、解釈を通じて侵害排除義務を見いだして、代位を認めているものと思われる。しかしながら、代位による場合であっても、侵害訴訟の提起は特許権者に負担であることを考えると、果たして、明示されていないのに排除義務を見いだして良いのかという疑問は残る。さらに言えば、②～⑤説のいずれかが通説となった場合、実務的には、契約に侵害排除義務を負わないことが明記されるようになるだけ——力関係では、特許権者の方が強い——と思われ、結局代位行使可能な場合は、侵害排除義務を負わないことが明記されなかった場合に限定されることになるだろう。

ii 侵害排除義務を不要とする立場

特許権者が侵害排除義務を負っていない場合でも、通常実施権者が特許権者に対して、他者に実施許諾しないことという債権を有する場合（独占的通常実施権の場合）、法的に保護する利益がある以上、上記債権を被保全債権とする債権者代位を認めるべき、とする説がある⁴¹⁸。

(カ) 独占的ライセンスの保護制度

ライセンス契約において、通常実施権の許諾にあわせて、独占許諾である旨を特許権者に特に約束した独占的ライセンス契約の保護に関する検討⁴¹⁹で、①独占的ライセンス契約のライセンシーは、対抗要件を具備しているか否かを問わず、特許権侵害者に対して、損害賠償請求が可能であり、かつ、固有の差止請求権を有する、②独占的ライセンス契約のライセンシーは、対抗要件を具備した場合、その独占性を対抗できる⁴²⁰、とする制度が提案されている⁴²¹。

(キ) 著作権法への示唆

以上、①通常実施権者に固有の差止請求権を認めるか、および、②債権者代位権の転用によって、通常実施権者が特許権者に代位して差止請求権を行使することを認めるか、に関する特許法における議論（なお、実用新案法、意匠法、商標法のいずれにおいても、特許法の場合と同様の議論が行われている）を概観した。結果として、①については、非独占的通常実施権はもとより独占的通常実施権であっても、解釈によって認めることは難しく、②についても現状は、解釈によって対応可能か否かは不確実である。言い換えれば、通常実施権者に、侵害者に対する差止請求権を何らかの形で認めるとするならば、立法措置を講ずることが最も確実ということになるだろう。

⁴¹⁶ 中山・前掲注 404) 469～470 頁および中山信弘編著『注解 特許法 [第2版増補] 上巻』（青林書院、1994）[中山信弘] 751 頁参照。

⁴¹⁷ 牧野利秋「特許権侵害訴訟における差止請求及び損害賠償請求の要件事実」牧野利秋＝飯村敏明編著『新・裁判実務大系知的財産関係訴訟法』（青林書院、2001 年）5 頁参照。

⁴¹⁸ 田村・前掲注 404) 341 頁参照。

⁴¹⁹ 詳しくは第 2、3 (1) エ (イ) f 参照。

⁴²⁰ 「独占性の対抗」の意味は、必ずしもはっきりしない。例えば、財団法人知的財産研究所『知的財産の更なる活用の在り方に関する調査研究報告書』（2009 年 3 月）35 頁は、「独占性が対抗できるということは、①特許権の譲受人が、譲り受けた特許権について自ら実施ができないこと、②独占性を対抗し得るライセンスが設定されている範囲には他の実施権（通常実施権を含む）を許諾しないし設定することができないということを意味」と述べるが、これは多分に専用実施権における独占と同様の効果を意識したものであろう。なお、同じ報告書 39 頁は、登録を備えた独占的ライセンシーには、「対抗関係に立つ第三者（例：特許権者から実施の許諾を受けた者）を含む第三者に対する」損害賠償請求権および差止請求権を認めるとなっている。

⁴²¹ 一番詳しいのが知的財産研究所平成 21 年報告書（前掲注 420）38～40 頁である。また、特許庁長官の私的研究会である特許制度研究会『特許制度に関する論点整理について—特許制度研究会 報告書—』（2009 年 12 月）13～15 頁の提案する制度は、損害賠償請求に関する言及がない以外、知的財産研究所平成 21 年報告書（前掲注 420）のそれに近い。一方、産業構造審議会知的財産政策部会『特許制度に関する法制的な課題について』（平成 23 年 2 月）12 頁および産業構造審議会知的財産政策部会『強く安定した権利の早期設定及びユーザーの利便性向上に向けて』（2013 年 9 月）30 頁は、制度整備の必要性は提言するが具体的な内容については言及しない。

よって、仮に著作権法において、利用許諾を得た者に侵害者に対する差止請求権を認めることを確実にするために、何らかの立法措置を講じるべしとの結論に至ったとしても、それは特許法などにおける議論の方向性と大きく乖離するものではない。

なお、付言すれば、一つのライセンス契約中に、著作物の利用許諾と特許権などの通常実施権の許諾とが併存する場合も考えられる（例えば、ビデオゲームを含むコンピュータプログラムの場合は著作権と特許権、実用品のデザインの場合は著作権と意匠権など）。ただ、対抗の場合と違って差止めの場合は、全ての権利で同様に差止めができなければ意味がないというわけではないため、仮に、著作権の利用許諾に基づく差止請求権と（例えば特許権の）通常実施権に基づく差止請求権の要件が異なっても問題は少ない。もちろん、一般論としては、できるだけ共通する方が良いとはいえるが、そのことによって、著作権の利用許諾しか関係しない著作物の場合まで、余分な要件や手続きを求められるような事態は避けなければならない。また、特許法などでの立法化の動き（例：独占的ライセンスの保護制度）を待つことで、著作権法における必要な対応の遅れにつながることも避けなければならない。

(2) 検討結果

債権である不動産賃借権に基づく妨害排除請求が認められていることについては、①不動産賃借権の特殊性による正当化、②対抗力による正当化、③対抗制度による正当化、④占有による正当化といったいくつかの正当化根拠が考えられるところである。独占的ライセンスに基づく権利を不動産賃借権と同様に債権的な権利とし、また、不動産賃借権と同様にその権利についての対抗制度が創設されるとすれば、独占的ライセンシーへの差止請求権付与についても、これらの正当化根拠を応用することが考えられる。

これを踏まえて、検討委員会において、独占的ライセンシーへの差止請求権付与の正当化について検討したところ、独占的ライセンシーの権利に不動産賃借権と同様の特殊性（人が生活したり事業をしたりするための基盤としての作用、特別法による継続性の強化）は認められないことから、①の正当化根拠の応用は難しいと考えられること、②～④の正当化根拠の応用については正当化根拠によって差止請求権行使の要件が異なることとなるので実務において有効に機能するような制度となるかといった点も含めて正当化根拠に関しては更なる検討が必要であることが確認された。なお、特許法その他の知的財産権法においても、独占的ライセンシーへの差止請求権の付与については議論がなされており、著作権法において独占的ライセンシーに差止請求権を認めることとしても、他法令における議論の方向性と大きく乖離するものではないと考えられる。

また、検討委員会の議論では、債権である独占的ライセンシーの権利に基づく差止請求を認めるのではなく、特許法における専用実施権、商標法における専用使用権のように分野を限らない準物権的な利用権を創設することも一つの選択肢となり得るとの意見もあった。この場合には、それらの専用実施権や専用使用権に倣えば、登録を効力発生の要件とした制度が考えられるほか、出版権に倣えば、当該利用権の設定の事実のみで差止請求権を行使できる制度とすることも考えられる。これに対しては、準物権的な利用権を新たに創設しても既存の独占的ライセンシーの保護には繋がらないといった意見や、準物権的な利用権を創設しても登録を効力発生要件とすると特許法・商標法における専用実施権・専用使用権のように使いにくい権利となるおそれがあるといった意見や、債権である独占的ライセンシーの権利に基づく差止請求を認める場合と準物権的な利用権を創設する場合とでは差止請求権行使の要件以外にも権利の譲渡の要件等にも差異が生じ得るので、その点も含めてどのような制度とするか検討をする必要があるとの意見があった。

さらに、著作権者等の意思との関係についても、検討委員会において検討を行った。この点については、アンケート・ヒアリング調査において、独占的ライセンシーが著作権者等に無断で権利行使を行うことに対する不安感が示されていたことから、著作権者等が明確に差止めを認めない意思を明らかにしている場合には独占的ライセンシーは差止請求権を行使できないこととするような制度設計も考えられるのではないかと、との意見があった。一方で、独占的ライセンシーに固有の差止請求権を認めるとする考え方を採る場合に著作権者等の意思との関係を考慮しなければならないとすれば論理的整合性を欠いてしまうといった意見や、著作権者等と独占的ライセンシーとの契約において独占的ライセンシーが第三者に差止請求権を行使する場合には協議を申し出ること等の条項を入れれば實際上著作権者等の意に沿わない差止請求権の行使はされないのではないかと、との意見があった。

以上のとおり、独占的ライセンシーへの差止請求権の付与については、差止請求権付与の正当化根拠について差止請求権行使の要件も含めた検討を要すること、準物権的な利用権の創設も選択肢となり得ること、著作権者等の意思への配慮の要否について検討を要すること等が確認された。制度導入の検討に当たっては、これらの点も踏まえた上で、独占的ライセンスの保護の在り方と併せて検討が行われることが望ましいと考えられる。

4 諸外国における類似制度について

(1) アメリカ

米国著作権法は、独占的なライセンシーに対して、明文で差止請求権を付与している⁴²²。

著作権法 501 条(b)は、著作権侵害に対する救済手段としての訴訟提起について、その権利を著作権法上の排他的権利の保有者又は受益的権利者に認めている⁴²³。

「著作権に基づく排他的権利の法的小および受益的権利者は、第 411 条の要件を条件として、その権利者である間に行われた当該権利の侵害について訴訟を提起することができる。裁判所は、著作権局の記録その他により著作権につき利害を有しまたは主張することが示されている者に訴状の写しとともに書面による訴訟告知を送達することを権利者に対して要求することができ、また、当該訴訟における決定が利害に影響する可能性のある者に対してはかかる告知を送達することを権利者に対して要求しなければならない。裁判所は、著作権につき利害を有しまたは利害を主張する者については、訴訟併合を要求することができ、また、訴訟参加を認めなければならない。」

他方、非独占的ライセンシーに関しては、前述のとおり、著作権法は、非独占的利用許諾を「著作権の移転」に含めておらず、著作権法上、「排他的権利の保有者又は受益的権利者」とはいえないので、単独で訴訟提起をすることはできない。よって、差止請求権も有しない。

なお、法文上、独占的ライセンシーには差止請求が認められ、非独占的ライセンシーについては認めないと明確になっているものの、「独占的ライセンシー」と言えるかどうかについては一義的に明らかとまでは言えず、ライセンス契約の内容次第、例えば、著作権者及びその関連会社による利用のみは認め、その他は独占的とする内容の場合に、差止請求権が認められるかは争いの余地がある⁴²⁴。

(2) イギリス

ア 排他的ライセンスの場合

ライセンスとは利益を移転するものではなく、単にそれなしでは違法となることを適法にするにすぎないものであり、言い換えれば、訴訟からの免除をもたらす許諾である⁴²⁵。一般的な原則として、イギリス法では、たとえ排他的ライセンス⁴²⁶を受けていたとしても、侵害に関してライセンシーの名前で訴訟を提起する権利は与えられないし、その他の財産権的な利益(proprietary interest)が与えられることもない⁴²⁷。

しかし、著作権法は、この一般原則を変更して、著作権に関する排他的ライセンス⁴²⁸については、

⁴²² AIPPI, replies of the United States Group to Report Q190, question 3 c)

⁴²³ 訴訟によって求める救済手段としての差止命令については 502 条に定められている。

「(a) 本編に基づいて生ずる民事訴訟につき裁判管轄権を有する裁判所は、第 28 編第 1498 条の規定を条件として、著作権侵害を排除しまたは防止するに相当と考える条件において、一時的差止命令および終局的差止命令を発行することができる。(b) 第(a)項に定める差止命令は、これを受ける者に対して合衆国内のいかなる場所であっても送達することができる。また、上記差止命令は、合衆国全域で実施することができ、かつ、当該者に対して裁判管轄権を有する連邦裁判所による法廷侮辱罪その他の手段によって執行することができる。差止命令を付与する裁判所の書記官は、当該差止命令の執行を申し立てられた裁判所の求めがあれば、その事案に関し保管されたすべての書類の認証付謄本を速やかに送付しなければならない。」

⁴²⁴ 特許法において、その点が紛争として顕在化した例がある。Luminara Worldwide, LLC. V. Liown Elecs. Co. (Fed. Cir. Feb. 29, 2016). 被告の Liown は、人工炎技術の特許権者であるディズニーが独占的利用許諾をしていたが、ライセンス契約の中で、ディズニー及びその関係会社（ディズニーからのライセンシーも含む）については特許権の実施及びライセンスを認めていた。被告は、その契約内容から Luminara（原審原告の Candella を合併した会社）は独占的ライセンシーとして原告適格を有しないと争ったが、契約が修正された経緯や契約書文言（独占的ライセンス）等を検証し、裁判所は原告適格を認めた。

⁴²⁵ Caddick, N, Davies, G and Harbottle, G, Copinger and Skone James on Copyright, 17th edition (Sweet & Maxwell, 2016), at section 5-204.

⁴²⁶ 排他的ライセンスのほか、単独ライセンス(sole licences)という概念がある。単独ライセンスは、単独ライセンシーにライセンスを与えた場合、ライセンサーは、単独ライセンシー以外の者にライセンスを付与しないということ、そして、ライセンシー自身がライセンスを与えた権利について独自に行使できるということが、契約の内容になるということである。Ibid., 5-213.

⁴²⁷ See Copinger, *supra* note 425, at section 5-204.

⁴²⁸ exclusive licence の訳として、「排他的ライセンス」を当てた。イギリスでは、制定法上の exclusive licence は、他人を

形式要件を充足している場合、訴訟を提起することができる地位が与えられることにしている。ただし、このことはライセンシーが著作権に関する財産権的な利益を取得することを意味するわけではない⁴²⁹。

イギリス著作権法における、著作権の排他的ライセンス（制定法に基づいて特別な効果を有しているので、*statutory exclusive licences*（制定法上の排他的ライセンス）と表現されることがある）とは、当該排他的ライセンスがなければ著作権者が排他的に行使することができる権利について、ライセンスを付与する者を含むその他のすべての者を排除してその権利行使することをライセンシーに許可する許諾であり、著作権者により又はその者のために署名された、書面によるライセンスをいう⁴³⁰。箇条書きをすれば、以下の条件が必要となる。

著作権法上の排他的ライセンスの成立する要件

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">① 当該排他的ライセンスがなければ著作権者が排他的に行使することができる権利についてのライセンスであること② ライセンシーに対して、ライセンスを付与する者を含むその他のすべての者を排除してその権利行使することを許可することを内容としたライセンスであること③ 著作権者により又はその者のために署名されたものであること④ 書面によりなされていること |
|---|

ライセンスの範囲については、著作権者が排他的に行使することができる権利について行うことができる。そのため、著作権の一部について排他的ライセンスを付与することは可能であるが、その範囲は著作権の一部譲渡が可能である範囲⁴³¹と同様である⁴³²。

排他的ライセンスを得た者は、著作権者に対する場合を除いて、ライセンス付与の後に生じる事項について、あたかもライセンスが譲渡であったものとして、同一の権利及び救済を有するとされ、その権利及び救済は、著作権者の権利及び救済と併存するとされている⁴³³。

制定法上の排他的ライセンシーは、排他的ライセンスをサブライセンスとして付与する地位にはない。仮にそのようなサブライセンスをした場合、制定法上の排他的ライセンスとはならないが、契約上は有効なライセンスとはなる⁴³⁴。

著作権者又は排他的ライセンシーが単独で訴訟を起こせるかどうかは、本訴かどうかによって異なる。

まず、著作権者又は排他的ライセンシーが著作権侵害訴訟（本訴）を提起した場合、著作権侵害が全体的又は部分的に相互の訴権と関係する場合、他の者が原告として参加し、または被告として追加されない限り、裁判所の許可を得ることなく訴訟を続行することはできないとされている。著作権者が排他的ライセンスを与えた場合でも、著作権者と排他的ライセンシーとの権利及び救済は併存するとされているので⁴³⁵、たとえば、排他的ライセンシーが第三者に対して侵害訴訟を提起した場合、原則として、著作権者が当事者として参加する必要がある。「被告」として追加するというものの意味であるが、多くの場合、排他的ライセンシーが侵害者に対して訴訟を起こそうとし

排除して利用する権限も含まれることが法定されている(CDPA 1988, s 92(1))、物権的な意味での排他性までは含まない日本の独占的ライセンスと区別する意味で、「排他的ライセンス」と訳した。

⁴²⁹ See Copinger, *supra* note 425, at section 5-204.

⁴³⁰ CDPA 1988, s 92(1).

⁴³¹ 著作権の部分譲渡については、(a)著作権者が行う排他的権利を有する事項の 1 又は 2 以上であって全部でないもの、(b)著作権が存続すべき期間の 1 部分であって全体でないもの、の範囲で認められている。CDPA 1988, s 90(2). テリトリー、期間あるいは利用態様によって区分して譲渡することが可能である。国毎にテリトリーを分けて、排他的ライセンスを与えることは可能であるが、テリトリーの一部の地域毎に排他的ライセンスを与える場合（たとえば、イングランドであるとか、ロンドンなどに限定した排他的ライセンス）、制定法上の排他的ライセンスとは評価されず、契約上の効力しか有しない。Copinger, *supra* note 425, at section 5-214.

⁴³² CDPA 1988, s 101(1)は、排他的ライセンシーは、著作権者に対する場合を除いて、ライセンスの付与の後に生じる事項について、あたかもライセンスが譲渡であるかのように、同一の権利及び救済を有する」としている。つまり、財産的な利益を移転する譲渡とそうではないライセンスとは必ずしも同一ではないが、ライセンスが譲渡であるかのように、その範囲や救済の内容は同一となるとしている。

⁴³³ CDPA 1988, s 101(1).

⁴³⁴ Copinger, *supra* note 425, at section 5-214.

⁴³⁵ CDPA 1988, s 101(2).

たとしても、著作権者は共同原告として訴訟に参加することに躊躇するので、そのような場合には、原告である排他的ライセンシーは、著作権者を被告として追加すれば、著作権者が訴訟の手續に参加しない限り、著作権者はいかなる費用も負担しなくてよいということになる⁴³⁶。したがって、ライセンサーと排他的ライセンシーとの間で、訴訟義務や協力関係、訴訟費用の負担等について定めておく必要がある。

これに対して、本訴でない場合、すなわち、著作権者又は排他的ライセンシーのいずれか一方のみが、暫定的救済（interim relief）⁴³⁷を求める場合には、単独で申請をすることができるとされている⁴³⁸。

たとえば、排他的ライセンシーが単独で暫定的救済の申立てをし、暫定的救済を得た場合に、その後、単独で本訴を提起するが、その場合には、裁判所の許可を得て単独で訴訟を続行するか、著作権者を原告として参加してもらうか、あるいは、著作権者を被告として追加するということになる。

イ 排他的ライセンス以外の場合

情報社会指令⁴³⁹を実施するために制定された 2003 年著作権及び関連権規則⁴⁴⁰によって、1988 年 CDPA に 101A 条が新たに追加された結果、非排他的ライセンシー(non-exclusive licensee)⁴⁴¹に対しても、一定の要件を充足する場合、訴訟を提起することが可能とされた⁴⁴²。

侵害行為がライセンシーにおいてライセンスを受けていた行為と直接関係しており、かつ、当該ライセンスが、著作権者又はその者のために署名された書面においてなされ、かつ非排他的ライセンシーに対して 101A 条に基づく権利を付与することが明示されていることが要件となる⁴⁴³。

非排他的ライセンシーが訴権を有する条件

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">① 侵害行為が、許諾を得た者の以前許諾を得た行為に直接関連していた場合② ライセンスが書面によるものであり、かつ、著作権者により又はその者のために署名されていること。③ ライセンスにおいて 101A 条に基づく訴権を非排他的ライセンシーに明白に付与していること。 |
|---|

101A 条に基づく訴訟において、非排他的ライセンシーは著作権者が訴訟を提起したであれば有するのと同様の権利をもち救済を受けることができる⁴⁴⁴。また、その権利及び救済は、著作権者の権利及び救済と併存するとされている⁴⁴⁵。なお、侵害者側は、著作権者に対して主張できるのと同様の抗弁を非排他的ライセンシーに対して主張することができる⁴⁴⁶。

著作権者又は上記の要件を満たすことにより訴権を有するライセンシーが、それぞれ単独で侵害者に対して訴訟を起こせるかどうかについては、前述した排他的ライセンシーの場合の規定(第 102 条第 1 項から第 4 項) が同様に適用される⁴⁴⁷。

⁴³⁶ Copinger, *supra* note 425, at section 5-215. 102 条 2 項は、「第 1 項に従って被告として追加される著作権者又は排他的ライセンスを得た者は、訴訟手續に参加しない限り、訴訟におけるいずれの費用についても責任を有しない」としている。

⁴³⁷ 仮処分又は仮差押えに相当するもの。

⁴³⁸ CDPA 1988, s 102(3).

⁴³⁹ Directive No. 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

⁴⁴⁰ Copyright and Related rights Regulations 2003 (SI 2003/2498).

⁴⁴¹ CDPA 1988, s 101A(6)では、非排他的ライセンシーについて、著作権者が行使しうる状態にある権利を行使する権限をライセンスを得た者に与えるライセンスの保有者をいうと定義している。

⁴⁴² CDPA 1988, s 101A.

⁴⁴³ CDPA 1988, s 101A(1).

⁴⁴⁴ CDPA 1988, s 101A(2).

⁴⁴⁵ CDPA 1988, s 101A(3).

⁴⁴⁶ CDPA 1988, s 101A(4).

⁴⁴⁷ CDPA 1988, s 101A(5).

(3) ドイツ

ア 排他的利用権者の差止請求権

ドイツ著作権法 97 条 1 項は、「著作権又は他のこの法律により保護される権利」を違法に侵害された者が差止請求をすることができると定めている。同条は、排他的利用権者が差止請求をなし得ることを直接規定するものではない。しかし、ドイツ著作権法は排他的利用権の内容及び効力を定めているため（31 条 3 項参照）、排他的利用権も、97 条 1 項にいう著作権法により保護される権利に含まれるといえるし、第三者が著作物を無断利用した場合に、著作権法の規定する排他的利用権の内容の実現が妨げられることは明らかであるから、排他的利用権者は、自己の権利として第三者に差止請求をなし得るものと解されている⁴⁴⁸。なお、ドイツ著作権法 10 条 3 項は、差止請求に際して排他的利用権者についても著作権者の推定規定（同条 1 項）が準用される（発行された著作物の複製物等に排他的利用権者が通常の方法により表示されている場合、その者を排他的利用権者と推定する）と規定しているが、これは、排他的利用権者が自ら差止請求をなし得ることを前提に、排他的利用権の帰属に関する立証負担の緩和を図ったものといえよう。

イ 単純利用権者の差止請求権

一方、単純利用権者は、自己の権利として差止請求をすることはできない⁴⁴⁹。単純利用権は自ら著作物を利用する権原にすぎないため、第三者が著作物を無断で利用したとしても、単純利用権の内容が害されることはないからである。もっとも、単純利用権者も第三者の無断利用により事実上不利益を被ることがあるため、実務上、ライセンス契約において著作者や排他的利用権者の侵害排除義務を定めるといことがしばしば行われている⁴⁵⁰。また、単純利用権者も任意的訴訟担当として差止請求訴訟を遂行することは可能である⁴⁵¹。任意的訴訟担当の要件は、権利者の同意があることと担当者に権利行使に関する固有の正当な利益が認められることであるが、ここでいう正当な利益には法的な利益のみならず、経済的な利益が含まれると解されており、単純利用権者も、第三者の侵害行為により経済的な利益を害されることが多いため、通常、任意的訴訟担当として差止請求訴訟を進行することが可能とされる⁴⁵²。

(4) フランス

知的財産権侵害訴訟（*action en contrefaçon*）は、不法行為の一般法に基づくものではなく、物権的権利の侵害に基づくものと理解されている。伝統的には、無体物に対する物権を享受する者が、行為を行う権原を有するとされるので、ライセンシーによる差止請求訴訟は認められていなかった⁴⁵³。ただし、工業所有権については、2007 年改正により、独占的ライセンシーについて、条件付きで差止請求権の行使が認められることとなった。

ア 著作権について

ライセンサーから著作権を独占的に利用することについての許諾を得たライセンシーが、当該著作権の侵害行為に対して自ら差し止め請求をすることができることを定めた法制度は存在しない。

著作権について、差止請求権を行使できるのは、①著作権を有する著作者、②著作権の譲受人、③著作権関係の団体、④著作者人格権侵害については著作者である。権利の譲渡を受けていないラ

⁴⁴⁸ BGH, Urt. v. 29.04.1999, GRUR 1999, 984, 985-Laras Tochter ; Dreier/Schultz/Dreier, §97 UrhG Rdnr.5, 19 ; Möhring/Nicolini/Reber, §97 UrhG Rdnr.10 ; Wandtke/Bullinger/v.Wolf, §97 UrhG Rdnr.8 ; Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, §97 UrhG Rdnr.9, 133 ; Schricker/Loewenheim/Leistner, §97 UrhG Rdnr.16, 43 ; Schack, Rdnr.757.

⁴⁴⁹ Dreier/Schultz/Dreier, §97 UrhG Rdnr. 20 ; Möhring/Nicolini/Reber, §97 UrhG Rdnr.17 ; Wandtke/Bullinger/v.Wolf, §97 UrhG Rdnr.11 ; Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, §97 UrhG Rdnr.9, 132 ; Schricker/Loewenheim/Leistner, §97 UrhG Rdnr.46.

⁴⁵⁰ Dreier/Schultz/Dreier, §97 UrhG Rdnr. 20 ; Wandtke/Bullinger/v.Wolf, §97 UrhG Rdnr.11 ; Schricker/Loewenheim/Leistner, §97 UrhG Rdnr.46.

⁴⁵¹ Dreier/Schultz/Dreier, §97 UrhG Rdnr. 21 ; Möhring/Nicolini/Reber, §97 UrhG Rdnr.17 ; Wandtke/Bullinger/v.Wolf, §97 UrhG Rdnr.11 ; Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, §97 UrhG Rdnr.9, 132 ; Schricker/Loewenheim/Leistner, §97 UrhG Rdnr.46.

⁴⁵² Dreier/Schultz/Dreier, §97 UrhG Rdnr. 21 ; Wandtke/Bullinger/Kefferpütz, Vor §97ff. UrhG Rdnr.11. 実際に、単純利用権者が任意的訴訟担当として差止請求を行うことを認めたものとして、BGH, Urt. v. 13.02.1981, GRUR 1981, 652-Stühle und Tische ; OLG München, Urt. v. 19.09.1996, ZUM 1997, 388, 390-Abbildung einer Person in einem Lichtbildwerk など参照。

⁴⁵³ Cass. Com. 12 juill.1993 意匠の独占的ライセンシーによる侵害訴訟を認めた控訴審判決を破毀。

イセンシーは独占的ライセンスを受けていても原告適格がない⁴⁵⁴。

ただし、レコード製作者とビデオグラム製作者については、特別規定が存在する。つまり、331-1条3項⁴⁵⁵は、「第2編の規定に従って、レコードまたはビデオグラム製作者に帰属する排他的利用権の有効な排他的受益者は、ライセンス契約に反対の定めがない限り、この権利の資格で訴訟行為を行うことができる。訴訟の提起は、製作者に通知される」と定められている。しかし、独占的ライセンスの訴訟行為一般については、規定されていない。

イ 工業所有権について

工業所有権の分野では、訴訟行為をする者は所有者の資格を有する者であることを要し、ライセンスは、知的所有権はなく、所有者に対する債権を有するものに過ぎないから、原則として侵害訴訟を提起する資格はないとしつつ、一定の範囲で、侵害訴訟を提起する資格を認める見解が存在した⁴⁵⁶。その根拠として、2つの考えが提唱されていた。一つは、ライセンスといっても、実体は知的財産権の所有者であり、ライセンスの性格を否定して、譲渡と理解するものである。もう一つは、所有者であることを前提とせず、排他性により差止請求訴訟の原告適格を根拠づけるものである。

2007年改正法⁴⁵⁷により、独占的ライセンスについて、一定範囲で、原告適格を認める改正がされた。改正後の知的財産法典 521-2条⁴⁵⁸（意匠法）によれば、侵害訴訟は、意匠の所有者によって行使されなければならないと定めつつ（同条1項）、「排他的利用権者は、ライセンス契約に反対の定めがない限り、警告の後、意匠権者がこの訴訟を行わない場合に、侵害訴訟を行うことができる」と定め（同条2項）、さらに、ライセンス契約の当事者は、固有の損害賠償を得るために、他の当事者によって提起された訴訟への参加が受理されると定める（同条3項）。特許について同 615-2条、商標について同 716-5条に同旨の規定が存在する。したがって、工業所有権の分野では、独占的ライセンスが、一定の条件で侵害訴訟を提起することも可能であるし、損害賠償請求のために参加することも可能である。なお、非独占的ライセンスについては、上記のとおり、損害賠償請求のために訴訟手続に参加することが認められるにすぎない。

なお、上記改正は、2004年4月29日指令⁴⁵⁹を国内法化したものであり、国内における成熟した議論の上での改正とはいえないようである。差止請求訴訟の原告適格が認められる理論的根拠は排他性にあり、契約の性質を譲渡と理解するという前提ではないと解されている。

(5) 中国

ア 著作権法制上の対応状況

著作権法第47条柱書は「次の各号に掲げる侵害行為を犯す者は、事案に応じて、侵害行為の停止、同行為による影響の排除、謝罪および損害賠償などの民事責任を負わなければならない。かつ、公共の利益を害する場合には、著作権行政管理部局により侵害行為の停止、不法所得の没収、侵害に係る複製物の没収および破棄、並びに、罰金の賦課の処罰を受けることがある。事案が重大である場合には、著作権行政管理部局により、権利侵害に係る複製物の製作に用いられた主たる材料、工具および設備などの没収の処罰を受けることがある。犯罪となる場合には、法により刑事責任の訴追を受ける。」とし第48条第1項は「著作権または著作権に関連する権利を侵害した場合には、権利を侵害した者は、権利者の実際の損害に応じて賠償しなければならない。実際の損害を算定す

⁴⁵⁴ CA de Paris 21 fév. 1990 は、独占的代理店について、権利の譲渡を受けていないことを理由に、差止請求訴訟を提起できないと判断。

⁴⁵⁵ Le bénéficiaire valablement investi à titre exclusif, conformément aux dispositions du livre II, d'un droit exclusif d'exploitation appartenant à un producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes peut, sauf stipulation contraire du contrat de licence, exercer l'action en justice au titre de ce droit. L'exercice de l'action est notifié au producteur.

⁴⁵⁶ D2008(700 頁)

⁴⁵⁷ Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon

⁴⁵⁸ L'action civile en contrefaçon est exercée par le propriétaire du dessin ou modèle.

Toutefois, le bénéficiaire d'un droit exclusif d'exploitation peut, sauf stipulation contraire du contrat de licence, exercer l'action en contrefaçon si, après mise en demeure, le propriétaire du dessin ou modèle n'exerce pas cette action.

Toute partie à un contrat de licence est recevable à intervenir dans l'instance en contrefaçon engagée par une autre partie afin d'obtenir la réparation du préjudice qui lui est propre.

⁴⁵⁹ DIRECTIVE 2004/48/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle

ることが難しい場合には、権利を侵害した者の不法所得に応じて賠償することができる。賠償金額は、権利者が権利の侵害に係る行為を停止させるために支払った合理的費用を含まなければならない。」と規定する。また、著作権法第 50 条第 1 項は「権利侵害の行為を停止させるために、証拠が滅失し、または将来取得することが難しくなるおそれのある場合には、著作権者または著作権に関連する権利の権利者は、訴訟を提起する前に、証拠保全を人民裁判所に申し立てることができる」と規定する。

要するに「著作権に関連する権利の権利者」に権利侵害行為の停止に関する差止め請求権が認められている。ここでいう「著作権に関連する権利の権利者」の範囲については、「全国の一部人民法院による知的財産権の審理業務に関する最高人民法院の座談会紀要」によると、知的財産権の提訴人は、契約当事者、権利者及び利害関係者とされている。利害関係者には、独占的ライセンス契約のライセンシー、法律規定により既に承継した、又は承継している知的財産権の財産権の承継人等が含まれると規定されている。

これらの規定に基づき、独占的著作権ライセンシーは民事責任負担としての差止請求権を有すると考えられる⁴⁶⁰。

イ 主要な裁判例

(7) 第 2・4(5)ア(7)b 参照

中国の裁判実務上、独占的著作権ライセンシーの差止請求権を認めた裁判例は、少なくない。例えば、上記の第 2・4(5)ア(7)b に記載された裁判例では、人民法院は、いずれも、独占的著作権ライセンシーが主張した民差止請求権を支持した。

(4) 「雲錦霞裳」、「吹花嚼蕊」壁紙事件（事件番号：（2011）深福法知民初字第1081、1082号、（2013）深中法知民終字第290、第291号）

「雲錦霞裳」、「吹花嚼蕊」壁紙事件の事案は、以下のとおりである。

著作権者：香港●●裝飾有限公司（以下「著作権者」という。）

著作権ライセンシー：深セン市興雅実業有限公司（以下「ライセンシー」という。）

権利侵害者：深セン市長城家具裝飾工程有限公司（以下「権利侵害者」という。）

- ✓ 著作権者は、「雲錦霞裳」、「吹花嚼蕊」という職務著作について、署名権以外の著作権を有する。
- ✓ 2010 年 8 月 10 日に、著作権者とライセンシーは、「著作権ライセンスライセンス契約」を締結し、著作権者が中国において「雲錦霞裳」、「吹花嚼蕊」の複製権、発行権等をライセンシーに独占的にライセンスし、ライセンス期間は 10 年間とすることを約定した。
- ✓ 権利侵害者は上海市に位置するあるモデルルームにおいて、模様が「雲錦霞裳」、「吹花嚼蕊」と一致する壁紙を使用した。

深セン市中級人民法院は、本件について、以下のとおり判断した。

- ✧ 著作権者は、「雲錦霞裳」、「吹花嚼蕊」について、署名権以外の著作権を有しており、かつ、ライセンシーは、著作権者から独占的なライセンスを取得したことから、これに基づき、ライセンシーは、自らの名義で前記の作品に関する権利を主張することができる。
- ✧ 権利侵害者が、ライセンシーの同意を取得せず、第三者から購入した権利侵害壁紙を上海市に位置するモデルルームにおいて使用する行為は、ライセンシーの発行権を侵害するものである。
- ✧ 権利侵害者は、既に合理的な著作権法上の義務を履行したことを証明できる証拠を提出しなかったため、権利侵害者に過失があることを推定する。したがって、権利侵害者は、相当の損害賠償責任を負わなければならない。権利侵害者は、ライセンシーに対して人民元 10 万円を支払うべきである。
- ✧ 権利侵害者が全ての権利侵害製品を廃棄するというライセンシーの主張につき、権利侵害

⁴⁶⁰ 非独占的ライセンシーについては、法令上の明文がなく、当然に差止請求権は有しないと解される。しかし、一部の裁判所は、ライセンサーがライセンシーに差止請求権を自ら行使することを認めたのであれば、非独占的ライセンシーが差止請求権を行使することを認めることがある。

壁紙が使用された建物について、既に改装が完了している。そこで、権利侵害壁紙を廃棄することは、社会公衆利益に影響を与え、社会資源の浪費をもたらすことから、社会公共利益の観点からこの主張を支持しない。

以上のように、裁判実務上、一般的には独占的知財ライセンシーが差止請求権を有することが認められているが、社会公共利益に違反するなど場合においては、当該差止請求が棄却されたこともある。

ウ 学説

王伟は、以下のとおり論じた⁴⁶¹。著作権ライセンスにおいて、作者が譲渡したのは利用権であるものの、ライセンシーの権利を保護し、その市場における利益を保護するために、法律は、独占的ライセンシーに訴権を与えることとした、これが独占的ライセンシーの訴権の根拠である。

劉子僑は、著作権の独占的利用権にはその権利の効力として排他性を認めるべきであり、また、第三者が侵害をした場合において独占的ライセンシーが受ける損失の程度からも、独占的ライセンシーが訴権を有すべきであると主張した⁴⁶²。

李逸竹は、著作権法、特許法、商標法において、独占的ライセンシーが訴権を享有することを規定しているところ、当該訴権の法的基礎は人身自由権の一種である能権(Kannrecht)であるとした。同時に、立法提案として独占ライセンス契約については、公示のため、届出を行わなければならない、そうではない場合、善意の第三者に対抗することができないと規定するよう提案した⁴⁶³。

詹启智、周東升は、訴権及びその要件から、独占的ライセンシーが法により訴権を享有するほか、一般的なライセンシーであっても明確な委託を受けた場合、訴権を主張することができると主張した⁴⁶⁴。

以上より、学者も、一般的には独占的知財ライセンシーが差止請求権を有すべきと考えている。

なお、著作権に関するライセンシーによる差止請求権ではなく、著作権に基づく差止請求権の一般論については一定程度議論が行われている⁴⁶⁵。

⁴⁶¹ 王伟. 著作权中多个被侵权主体的诉权之归属[J]. 法制与社会, 2009(13):68-69. (王伟「著作権における複数の被権利侵害主体の訴権の帰属」法制与社会 2009年13期 68-69頁。)

⁴⁶² 刘子侨. 著作权被许可人的诉权分析[J]. 中国版权, 2016(06):27-29. (劉子僑「著作権被許諾人の訴権分析」中国版權 2016年6期 27-29頁。)

⁴⁶³ 李逸竹. 绝对权, 还是相对权?——知识产权许可使用权利性质澄清[J]. 西华大学学报(哲学社会科学版), 2014(02):83-87. (李逸竹「絶対権、又は相対権?—知的財産権ライセンス権性質を明確にする」西南大学学报(哲学社会科学版) 2014年2期 83-87頁。)

⁴⁶⁴ 詹启智, 周东升. 论著作权侵权纠纷中被许可使用人的诉权——以湛江某日报社侵权案为例[J]. 法制博览, 2017(18):107-109. (詹启智=周東升「著作権侵害紛争におけるライセンシーの訴権について—湛江ある新聞社の権利侵害事件を例として」法制博覧 2017年18期 107-109頁。)

⁴⁶⁵ 何懷文、陳如文は、以下のとおり差止請求権に制限を加えるべきと主張した。通説は、知的財産権請求権は、準物権的請求権であり、権利を侵害する場合、権利侵害の差止を適用すべきであると考え。このような類推は、知的財産権の物権化を表すものであり、知的財産権を過度に保護するものであって、社会経済生活に適合しない。本質上、知的財産権の差止権は、知的財産権の権利侵害において発生する債権の内容である。知的財産権侵害行為は、独自の事実状態をもたらす可能性があり、単に知的財産権者及び権利侵害者の利益に関わっているだけではなく、第三者の利益及び公共利益を巻き込む可能性もある。人民法院は、権利侵害の具体的な状況に基づき、権利侵害の発生に対する原告と被告の過失を総合的に考慮し、各者の利益の均衡を保つべきで、知的財産権侵害の債権の具体的な履行方法を公平に確定し、柔軟な措置を採用し、権利を侵害する社会関係を修復すべきであって、権利侵害者に対して権利侵害の差止めを機械的に命じるべきではない。知的財産権法に相反する規定がない場合、人民法院は、民法の債務の履行に関する一般的な法律規範を適用し、特別な状況においては、知的財産権侵害者に対して差止めを命じず、権利者の損害を賠償し、適切な救済措置を講じることを命じるにより、十分な救済を実現すべきである(何懷文、陳如文. 我国知识产权停止侵害请求权限制的法律原则[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2015, 45(02):133-150. (何懷文=陳如文「我が国知的財産権侵害差止請求権制限の法律原則」浙江大学学报(人文社会科学版) 2015年45巻2期 133-150頁。))。

李揚、許清は、以下のとおり論じた。知的財産権は、法律を通じて他人の行為を人為的に制約する特権の一種であり、その権利の限界の曖昧さにより、完全に財産規則を適用することは必ずしも効率的ではない。また、知的財産権は、競争法体系の一環でもあり、排他権たる知的財産権の過度の保護により競争を損害し、非効率的な状況をもたらす場合、知的財産権の排他性に対して制限を加える必要が生じる。但し、現在の知的財産権の排他性が権利侵害後の状況に適応できないため、事後的に知的財産権者の差止請求権を制限する必要が生じる。権利侵害差止請求権を制限する場合、司法機関は、個人利益間のバランス、及び個人利益と公共利益間のバランスをそれぞれ総合的に考慮し、かつ、産業分野によって排他性救済方法の異なる要求に基づき、知的財産権者の権利侵害差止権を制限する基準の肯定を柔軟的に定めるべきである。具体的には、知的財産権者の権利侵害差止権を制限するか否かについて衡量する場合、当事者間の関係、市場要素、原告・被告の具体的な状況、公共利益等を衡量しなければならない。知的財産権侵害訴訟において、人民法

院が権利侵害差止権を否定する場合、必要に応じて代替な補償金をもって権利者に対し補償し、人民法院は、自由裁量により正常なライセンス料より数倍以上の補償金を命じることができる（李扬,许清.知识产权人停止侵害请求权的限制[J].法学家,2012(06):75-92.（李揚＝許清「知的財産権侵害差止請求権の制限」法学家 2012 年 6 期 75-92 頁。））。

このように、一部の学者は、（独占的ライセンシーの差止請求権ではなく）著作権に基づく差止請求権そのものについて懐疑論を主張しており、その制限を提案していることもあわせて留意が必要である。

おわりに

平成 16 年に破産法が改正され、ライセンス契約についてライセンサー破産の場合に、ライセンス契約が対抗要件を備えていれば破産管財人の解除権は制限されることとなった。しかし、特許権と異なり著作権の場合には利用権という概念がなく利用権設定についての対抗要件制度を備えていないため、通常時にライセンス契約後に権利移転がなされた場合の譲受人に対してのみならず、ライセンサー破産時の破産管財人に対しても、ライセンサーは利用権を確保できないことになる。

この問題について、ソフトウェア情報センターは、平成 17 年 3 月にコンピュータ・ソフトウェアに関して契約の存在をもって対抗要件とする考え方を調査研究報告書としてまとめたが、特許権の通常実施権の場合(特許法第 99 条)とは異なり、法制度とされるには至らなかった。

その後 10 年を経て、改めてこの問題について、著作権一般に通用する問題として検討の機会が与えられたが、この度は利用許諾についての対抗制度の導入とその要件のみならず、対抗の中身としての契約の承継問題、独占的ライセンスの対抗要件制度、独占的ライセンサーの差止請求権付与の可否についても俎上にあげられ、検討を行った。そして、少なくとも非独占的ライセンス契約の場合には、契約の存在が認められるのであればその後の著作権の譲受人や破産管財人に対してライセンサーの立場を対抗することができる、とする当然対抗制度を導入しても特段の問題は生じないと考えられるため、当然対抗制度を有力な選択肢として今後検討がなされることが望ましいとの結論となった。また併せて、アメリカ、イギリス、ドイツ、フランス、中国の制度も検討された。そしてこれら諸外国の制度からは、ライセンス契約の存在を持って対抗要件とする考え方が特異なものではないことも明らかとなった。

他方、さらに積極的な検討課題としての、契約の承継の可否、独占的ライセンス契約の対抗力、独占的ライセンサーに対する差止請求権付与の可否については、法制度全体にかかる問題もあり、必ずしも十分に検討し得たとはいえないが、今後検討がされるべき論点について一定の整理ができたのではないかとと思われる。

今回の調査研究は、限られた期間内に精力的に議論を重ね、執筆の分担を引き受けていただいた検討委員とアンケート及びヒアリングをこなしていただいた事務局及びオブザーバーとして参加された省庁の諸氏の協力によるものであり、今後の法制化の検討に資することができるのであれば幸甚である。